

Die Rechtserheblichkeit betrieblicher Notlagen

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Assessor Hubert Engel
aus Breslau*

1964

1963

Die Rechtserheblichkeit betrieblicher Notlagen

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Assessor Hubert Engel
aus Breslau*

1964

Dekan: Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck

Referent: Prof. Dr. Gustav-Adolf Bulla

Korreferent: Prof. Dr. Fritz von Hippel

Tag der mündlichen Prüfung: 24. 7. 1963

In Dankbarkeit
meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XII
Einleitung	1
I. Problemstellung.	1
II. Die Einteilung der betrieblichen Belastungen.	3
Teil A: Notstandslagen aus technischen und wirtschaftlichen Gründen.	5
I. Das Betriebsrisiko (Ausgangsfälle.)	5
1. Die älteren Lösungsversuche:	6
a. Zivilrechtliche Lösungen.	6
b. Arbeitsrechtlich orientierte Lösung.	8
2. Die Abwälzung von Betriebsbelastungen und die geschichtliche Entwicklung.	9
3. Der Arbeitgeber als grundsätzlicher Träger des Risikos.	10
4. Abzulehnende Begründungen für die Risikobeteiligung der Arbeitnehmer:	13
a. Die Mitspracherechte der Arbeitnehmer im Betrieb.	13
b. Die Mithaftung der Arbeitnehmer aus dem Betriebsgemeinschaftsbegriff.	17
c. Die Gefahren- und Interessengemeinschaft als Mithaftungsgrundlage.	22
5. Die Ablehnung der höheren Gewalt als einer Risikoschranke.	25
6. Die Unzumutbarkeit als Rechtsgrund der Risikoabwälzung:	29
a. Das Opferziel.	32
b. Die Belastungs- (Risiko-)grenze.	33
c. Die Opferbeteiligung sonstiger Personen.	37
d. Die Betriebsrisikolage und der Konkurs.	38
7. Die Interessenabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit:	40
a. Grund und Folge als Elemente der Unzumutbarkeit.	40
b. Interessenabwägung bei Folgenbestimmung.	41

	Seite
c. Der Umfang der bei der Folgenbestimmung zu berücksichtigenden Einzelinteressen.	43
d. Leitgedanken zur Abwägung.	44
8. Die Unzumutbarkeit als Recht zur Vertragsgestaltung (die Ablehnung einer Mittragungspflicht der Arbeitnehmer).	46
9. Keine notwendige Gleichbehandlung bei der Interessenabwägung.	49
10. Die Bedeutung der Fristen ordentlicher Kündigungen.	52
11. Der Umfang gerichtlicher Nachprüfungen.	53
12. Die Folgen der Betriebsrisikolagen:	57
a. Die Vertragsbeendigung.	57
b. Keine Werksbeurlaubung.	62
c. Die Kurzarbeit.	64
d. Die Kurzarbeit und bindende tarifvertragliche Vereinbarungen insbesondere.	68
e. Die Ruhegeldkürzung.	73
f. Die Gratifikationskürzung.	77
g. Die Stundungseinrede.	79
h. Die Arbeitszeiterhöhung.	79
i. Ordentliche Maßnahmen.	85
II. Das Wirtschaftsrisiko.	85
1. Ausgangsfälle.	85
2. Die Unzumutbarkeit als Abwälzungsgrund.	86
3. Die Folgen der Wirtschaftsrisikolagen:	88
a. Die außerordentliche Kündigung.	88
b. Leistungskürzungen und sonstige Folgen.	88
III. Zwischenergebnis.	89
IV. Leichtere Betriebsstörungen technischer und wirtschaftlicher Art.	92
1. Die Änderungskündigung.	92
2. Die freiwillige Betriebsvereinbarung als Notlagensteuerungsmittel.	104

	Seite
3. Die Versetzung.	119
4. Die Urlaubsänderungen.	124
 Teil B. Notstandslagen im Rahmen und als Folge von Arbeitskämpfen.	 131
I. Einleitung.	131
1. Soziologische Arbeitskampfmerkmale und die geschichtliche Entwicklung.	131
2. Der Arbeitskampf als Kollektivrechtsakt:	132
a. Die Suspendierungstheorie nach Bulla.	132
b. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.	133
c. Eigene Stellungnahme.	134
 II. Die Lohnzahlungspflicht bei Arbeitskämpfen.	 136
1. Die Lohnzahlung beim Teilstreik:	136
a. Abwehraussperrung und Unzumutbarkeit beim Teilstreik	136
b. Die Erklärung der Aussperrung.	142
c. Die Grenzen der Abwehraussperrung.	143
c 1) Keine Grenze: die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Angriffsstreiks.	143
c 2) Die Solidarität als Grenze der Abwehraussperrung.	143
c 2 a) Abzulehnende Auffassungen vom Wesen und Inhalt der Solidarität.	144
c 2 b) Eigene Auffassung (die durch das Betriebsverfassungsgesetz und Tarifvertragsgesetz gekennzeichnete Solidarität).	147
2. Die Lohnzahlung beim Streik im Zubringerbetrieb.	154
 III. Die Streikbeteiligung als Vertragsverletzung und als unerlaubte Handlung.	 159
1. Die Unterlassung von Notstandsarbeiten.	160
a. Notstandsarbeiten in lebenswichtigen Betrieben.	160
b. Betriebserhaltungsarbeiten.	168

	Seite
2. Streikausmaß und Streikdauer als Haftungsgrund.	168
3. Schäden durch Sympathiestreiks.	171
IV. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Streikfolge.	175
1. Die ordentliche Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen bei Arbeitskämpfen.	175
2. Die Wiedereinstellung nach Streikbeendigung.	181
a. bei gelöstem Arbeitsverhältnis.	181
b. bei suspendiertem Arbeitsverhältnis.	182
3. Wiedereinstellungsklauseln in Tarifverträgen.	184
Teil C. Notstandslagen aus sonstigen Gründen (Die Druckkündigung)	186
Schlußbetrachtung und Gesamtergebnisse	192

Abkürzungsverzeichnis

aA	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
aE	= am Ende
AktG	= Aktiengesetz
Amtl. Samml.	= Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
Amtsbl.	= Amtsblatt
Anm.	= Anmerkung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
Arbeitgeber	= Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
AR-BI	= Arbeitsrechtsblattei, Loseblattsammlung
ArbMin	= Arbeitsministerium
ArbuR	= Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
ArchZivPrax	= Archiv für die zivilistische Praxis
ARS	= Entscheidungssammlung des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
ARSt	= Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AZO	= Arbeitszeitordnung
BAB1	= Bundesarbeitsblatt, Zeitschrift
BarbG	= Bundesarbeitsgericht
Bd.	= Band
BDA	= Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände
Betr	= Der Betrieb, Zeitschrift
BetrBer	= Der Betriebsberater, Zeitschrift
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGB1	= Bundesgesetzblatt, Teil
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BUG	= Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVG	= Betriebsverfassungsgesetz
bzw.	= beziehungsweise
DAR	= Deutsches Arbeitsrecht, Zeitschrift
ders.	= derselbe

Die Betriebsverf.	= Die Betriebsverfassung, Zeitschrift
Diss.	= Dissertation
DRiA	= Das Recht im Amt, Zeitschrift für Behörden, Verwaltungen und öffentliche Betriebe
DRZ	= Deutsche Richterzeitung, ab 1946: Deutsche Rechtszeitschrift, ab 1.1.1951 übergeleitet in die JZ
E	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, her- ausgegeben von den Mitgliedern des Gerichts- hofes
Entsch.	= Entscheidung
EntschKal.	= Entscheidungskalender, Berliner Arbeits- und Sozialrecht
Fußn.	= Fußnote
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
grds.	= grundsätzlich
GruchBeitr.	= Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts durch Theorie und Praxis
GS	= Großer Senat
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KO	= Konkursordnung
Komm.	= Kommentar
krit.	= kritisch
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
LArbG	= Landesarbeitsgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
Lohnanspr.	= Lohnanspruch
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	= meines Erachtens
Mitteilungen des Deutschen Arbeits- gerichtsverbandes	= Mitteilung des Deutschen Arbeitsgerichtsver- bandes, Zeitschrift
Mitbestimmung	= Die Mitbestimmung, gewerkschaftliche Informa- tionsblätter
Nachw.	= Nachweis
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
OGH brit. Zone	= Oberster Gerichtshof der britischen Zone
oN	= ohne Namen
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PersVG	= Personalvertretungsgesetz
PraktArbR	= Praktisches Arbeitsrecht, Loseblattsammlung (Müller-Gröninger)
RArbG	= Reichsarbeitsgericht

RdA	= Recht der Arbeit, Zeitschrift
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Rspr.	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Zeitschrift
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
s. o.	= siehe oben
sog.	= sogenannt
s. u.	= siehe unten
TVG	= Tarifvertragsgesetz
u. ä. m.	= und ähnliches mehr
u. ö.	= und öfters
usw.	= und so weiter
v.	= von, vom
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung
WA	= Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung, Halbmonatsblatt für die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.	= zum
z. B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer
zit.	= zitiert
ZPO	= Zivilprozeßordnung

Literaturverzeichnis

- Andrée, Das Recht der Lohnausfallvergütung bei Kurzarbeit, Sonderdruck der Schriftenreihe "Der Betrieb".
- Apel, Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats der GmbH, Die Mitbestimmung 1956 S. 35 ff.
- Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur ZPO, 26. Aufl.
- Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, 1955 (Diss.).
- Beine, AR-BI, Ruhegeld I, Übersicht.
- Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. 9, 1960.
- Bertermann, Die Werksbeurlaubung, B1StSozArbR 1952 S. 219 ff.
- Besselmann, Die Tragung des Betriebsrisikos, Diss., Erlangen 1931.
- Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 4. Aufl. 1962.
- Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1 - 3, 1950 - 1952.
- Boehmer, Zur Frage der Schadensersatzansprüche von Arbeitnehmern gegen Arbeitskameraden, MDR 1958, S. 400 f.
- Boers, Unterliegt die Dauer der Arbeit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, BetrBer 1963 S. 562 ff.
- Bötticher, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, Festschrift für Molitor, S. 123 ff.
- Bötticher, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953 S. 161 ff.
- Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 23, 1956.
- Bötticher, Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen, BetrBer 1957 S. 621 ff.
- Bührig, Irrationale Momente in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ArbuR 1959 S. 268 ff.

- Bürger, Betriebsrisiko und Streik, Der Arbeitgeber 1957 S. 473 f.
- Bulla, AR-BI, Arbeitskampf I, Allgemeines,
II Streik,
III Aussperrung.
- Bulla, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Druck, Festschrift für Hueck, S. 25 ff.
- Bulla, Sympathiemaßnahmen im Arbeitskampf, Festschrift für Molitor, S. 293 ff.
- Bulla, Das zweiseitige kollektive Wesen des Arbeitskampfes, Festschrift für Nipperdey, S. 163 ff.
- Bulla, Das sozialrechtliche Schutzprinzip als Grundgedanke des Arbeitsrechts, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1957 Nr. 15 S. 1 ff.
- Bulla, Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962 S. 6 ff.
- Bulla, Die Nachwirkung der Normen einer beendeten Betriebsvereinbarung, Betr 1962 S. 1207.
- Butz, Tarifrecht und Leistungsprinzip, Betr 1953 S. 400f.
- Comtesse, Beiträge zum Arbeitsrecht (Streik und Aussperrung) unter Berücksichtigung des Koalitionsrechts, Diss., Heidelberg 1929.
- Denecke, Arbeitszeitordnung nebst Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen, 4. Aufl. 1958.
- Dersch, Grundfragen des Urlaubsrechts, RdA 1954 S. 9 ff.
- Dersch, Die Urlaubsgesetze, Kommentar, 1954.
- Dersch-Neumann, Kommentar zum Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl. 1963.
- Dietz, Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, Festschrift für Herschel, S. 47ff.
- Dietz, Der Anspruch auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BVG, Festschrift für Nipperdey, S. 147 ff.
- Dietz, Kommentar zum BVG, 3. Aufl. 1960.
- Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, 1954.
- Dunz, Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens, JZ 1961 S. 406 ff.
- Eberl, Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen durch das Arbeitsgericht, BetrBer 1954 S. 447.

- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb.
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 1959/1960.
- Erdmann, Das Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1954.
- Erman, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 1958.
- Esser G., Die begrenzte Abwehraussperrung, BetrBer 1959 S. 1312 ff.
- Esser J., Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl. 1960.
- Esser J., Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963 S. 489ff.
- Fangmeyer-Überall, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Loseblatt-Kommentar, 1958.
- Farthmann, Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960 S. 5 ff.
- Farthmann, Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit, AR-BI, Arbeitszeit III, Verlängerung der Arbeitszeit.
- Fauth, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BIStSozArbR 1959 S. 155 ff.
- Fauth, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit, BetrBer 1962 S. 374 ff.
- Fechner, Die Rechtslage des Tarifvertrages in den Ländern der französischen Besatzungszone, RdA 1950 S. 129 ff.
- Feller, Die Ansprüche des Arbeitgebers gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung, RdA 1963 S. 128ff.
- Fitting, AR-BI, Betriebsverfassung XIV, Mitwirkung und Mitbestimmung B, soziale Angelegenheiten.
- Fitting-Kraegeloh, Kommentar zum BVG, 5. Aufl. 1960.
- Forsthoff, Die Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratung des BVG, Rechtsgutachten (zit. Zeitungsstreikgutachten), Schriftenreihe des BDA, Heft 6, 1952.
- Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961.
- Frey E., Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, 1954.

- Frey E., Zwei Probleme der Änderungskündigung, ArbuR 1958 S. 97 ff.
- Frey E., Zur Problematik des verschlechternden Tarifvertrages, ArbuR 1958 S. 233 ff.
- Frey E., Die Druckkündigung, Die Betriebsverf. 1959 S. 71ff.
- Frey E., Die Gemeinschaft als anspruchvernichtendes Element bei der Schadenshaftung von Arbeitnehmern untereinander, ArbuR 1959 S. 193 ff.
- Frey E., Zur Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaats im Arbeitsrecht, ArbuR 1961 S. 298 ff.
- Galperin, Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr, RdA 1949 S. 8 ff.
- Galperin, Die Grenzen der Mitbestimmung, BetrBer 1951 S. 260.
- Galperin, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, Betr 1952 S. 186 ff.
- Galperin, Der Grundsatz der Gleichbehandlung, RdA 1953 S. 169 ff.
- Galperin, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BetrBer 1954 S. 1117 ff.
- Galperin, Wirkung und Unwirksamkeit der Änderungskündigung, Betr 1958 S. 799 ff. und 838 ff.
- Galperin, Die Organstellung des Betriebsrats, RdA 1959 S. 321 ff.
- Galperin-Siebert, Kommentar zum BVG, 3. Aufl. 1958.
- Gester, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Betriebschaft und Betriebsrat, 1959 (Diss.).
- Gester, Zur Rechtsnatur des Betriebsrats, RdA 1960 S. 406 ff.
- Gift, Zur Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung im Arbeitsrecht, BetrBer 1959 S. 43 ff.
- Gift, Fragen der Abwehraussperrung, RdA 1960 S. 166ff.
- Görner, Die Einwirkung der Betriebsvereinbarung auf bestehende Arbeitsverhältnisse, Betr 1955 S. 727.
- Görner, Die Urlaubsabgeltung, Betr 1959 S. 830 f.
- Gramm, Zur Kündigungsschutzklage gegen Änderungskündigungen, Betr 1954 S. 721 f.
- Groh W., Koalitionsrecht, 1923.
- Gros, AR-BI, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung.

- Gros, AR-BI, Urlaub.
- Gros, Rechtsbindung des Arbeitgebers an betriebliche Sozialleistungen, Festschrift für Sitzler, S. 227 ff.
- Grote, Streik, Taktik und Strategie, 1952.
- Gumpert, Die praktische Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, BetrBer 1959 S. 708 ff.
- Gumpert, Versetzung von Arbeitnehmern, BetrBer 1960 S. 907 ff.
- Gutekunst, Zur Teilkündigung, RdA 1959 S. 369 ff.
- Gutekunst, Die fristlose Änderungskündigung, Betr 1960 S. 815 ff.
- Hagemann, Die Pension in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, juristische Dissertation Köln 1939.
- Hecklinger, Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht, juristische Dissertation Freiburg/Br., 1960.
- Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Heft 8, 1929.
- Heimeier, Betriebsbedingte Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, Betr 1955 S. 1117 ff.
- Heissmann, Die betriebliche Ruhegeldverpflichtung, 3. Aufl. 1958.
- Herberger, Der Anspruch auf Erhöhung der Ruhegelder in der privaten Wirtschaft, NJW 1954 S. 1919 ff.
- Herschel, Betriebsvereinbarung oder Betriebssatzung, RdA 1948 S. 47 ff.
- Herschel, Druckkündigung und Schadensausgleich, RdA 1953 S. 41 ff.
- Herschel, Vereinbarte Unabtretbarkeit von Lohnansprüchen, Betr 1956 S. 713 f.
- Herschel, Beschränkung der außerordentlichen Kündigung, insbesondere durch zusätzliches Mitbestimmungsrecht, Die Betriebsverf. 1957 S. 181 ff.
- Herschel, Beschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung, Sonderdruck aus der Festschrift für Nikisch, 1958.

- Herschel, Kündigungsschutz zu Gunsten des Arbeitgebers, BetrBer 1960 S. 105.
- Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl. 1961.
- Hesper, Die rechtliche Bedeutung des Streiks bei Berechnung der Löschzeit in der Binnenschifffahrt, juristische Dissertation Köln, 1930.
- Hessel, Das kollektive Element im Einzelarbeitsverhältnis, Betr 1958 S. 837.
- Hiersemann, Das Ausmaß des Kündigungsschutzes bei der Herabsetzung von Arbeitsentgelten, BetrBer 1959 S. 1141 ff.
- Hilb, Streik in gemeinnötigen Betrieben, bei Kaskel, Koalition und Koalitionskampfmittel, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, 1925.
- Hilger, Probleme zur Einführung von Kurzarbeit, BetrBer 1950 S. 399 f.
- Hilger, Zum Recht der Weihnachtsgratifikation, BetrBer 1950 S. 819.
- Hilger, Zum Recht der Koalitionsfreiheit, BetrBer 1957 S. 546 f.
- Hilger, Das betriebliche Ruhegeld, 1959.
- Hoeniger, Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 1953 S. 204 ff.
- Hörnig, Lohnzahlung bei Überholung von Maschinen, ArbuR 1955 S. 152 f.
- Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche, 1956.
- Hohn, Die Weihnachtsgratifikation, Beilage Nr. 7 zum BetrBer 1962.
- Hotop, Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Erfolg, 1955.
- Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 1953 und 1954.
- Hubmann, Der bürgerlichrechtliche Aufopferungsanspruch, JZ 1958 S. 489 ff.
- Hueck A., Grenzen des rechtmäßigen Streiks, Festschrift für Herschel, S. 27 ff.
- Hueck A., Das Problem des Betriebsrisikos im neuen Arbeitsrecht, ZAkDR 1935 S. 920 ff.

- Hueck A., Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, 1947.
- Hueck A., Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratung des BVG, Rechtsgutachten, (zit. Zeitungsstreikgutachten), Schriftenreihe der BDA, Heft 6, 1952.
- Hueck A., Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag, BetrBer 1952 S. 923 ff.
- Hueck A., Die Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung, RdA 1953 S. 127 ff.
- Hueck A., Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl. 1961.
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Bd. 1 u. 2, 1959 und 1957.
- Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 1960.
- Hueck-Nipperdey-Tophoven, Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Kommentar, 3. Aufl. 1955.
- Hueck G., Zur kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse, Festschrift für Molitor, S. 203 ff.
- Hueck G., Die Betriebsvereinbarung, Wesen - Inhalt - Wirkung. 1952.
- Hueck G., Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Betr 1956 S. 352 ff.
- Hueck G., Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958.
- Hunn, Massenentlassung und Anzeigepflicht nach dem Kündigungsschutzgesetz, BetrBer 1953 S. 507.
- Isele, Das suspendierte Arbeitsverhältnis, Festschrift für Molitor, S. 107 ff.
- Isele, Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualbereich, RdA 1962 S. 373 f.
- Jaénecke, Das Betriebsrisiko, juristische Dissertation Göttingen 1933.
- Jahresversammlung der Gesellschaft für sozialen Fortschritt e.V., Bd. 6, 1957: Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht.

- Joachim, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BetrBer 1954 S. 1114 ff.
- Jorns, Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht Bd. 2, 1957.
- Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956.
- Kamman-Ziepke, Kommentar zum Bundesurlaubsgesetz, Aufl. 1963.
- Kaskel, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1932.
- Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957.
- Kauffmann, Der Einfluß des Mitbestimmungsrechts auf die Verteilung des Betriebsrisikos, RdA 1952 S. 448 ff.
- Kauffmann, Grenzen der Nachprüfung "dringender betrieblicher Erfordernisse" seitens des Arbeitsgerichts beim Kündigungsschutzverfahren, NJW 1953 S. 1047 ff.
- Kauffmann, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, NJW 1961 S. 204 ff.
- Kegel, Rohstoff- und Rüstungskredite, JZ 1951 S. 386 ff.
- Kistler, Die Betriebsgemeinschaft (Freiburg/Schweiz) 1953.
- Klein, Die zeitliche Lage des Urlaubs, BetrBer 1960 S. 251 ff.
- Koch, Die Versetzung des Arbeitnehmers nach Arbeitsvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht, BetrBer 1955 S. 353 ff.
- König, Das Problem des Betriebsrisikos, RdA 1948 S. 54 ff.
- König, Betriebsbedingtheit und soziale Auswahl nach dem Kündigungsschutzgesetz, B1StSozArbR 1953 S. 169 ff.
- Koenigs, Mitbestimmung und Betriebsrisiko, Betr 1951 S. 897 ff.
- Koenigs, Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit, Betr 1954 S. 1064 ff.
- Köst, Arbeitsrecht, Kurzlehrbuch, 1960.
- Krause, Haftungsfragen beim Mitbestimmungsrecht, BetrBer 1951 S. 677.
- Krebs, Kommentar zum AVAVG, 1957.
- Kretschmar, "Arbeitgeber" und "Unternehmer" im Betriebsverfassungsgesetz, BetrBer 1953 S. 209 ff.

- Kühlewein, Die Verantwortlichkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, NJW 1954 S. 621 ff.
- Kunkel, Kündigungsauswahl in der Praxis, BetrBer 1952 S. 379 f.
- Kunkel, Zur Theorie und Praxis des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, NJW 1953 S. 447 ff.
- Kunze u. Farthmann, Der Urlaubsanspruch und seine Durchsetzung, BetrBer 1962 S. 1163 ff.
- Kunze u. Wiesler, Weiterarbeit nach Änderungskündigung, BetrBer 1960 S. 292 ff.
- Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 2, 11. Aufl. 1956.
- Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl. 1957.
- Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 1958.
- Lemke, Sind die Leistungen des Arbeitgebers für betriebliche Versorgungseinrichtungen Arbeitslohn? BetrBer 1957 S. 512 ff.
- Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, 1908.
- Lufft, Der Anspruch auf Unterlassung anderweitiger Tätigkeit bei Vertragsbruch von Arbeitnehmern, RdA 1962 S. 262 ff.
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1957.
- Marienhagen, Einstweilige Verfügungen gegen vertragsbrüchige Arbeitnehmer, BetrBer 1961 S. 756 ff.
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar in Loseblattausgabe.
- Maurer, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, ArbuR 1956 S. 137 ff.
- Maus, Kommentar zum TVG, 1956.
- Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch des Arbeitsrechts, Loseblattausgabe.
- Meissinger, Kommentar zum BVG, 1952.
- Meissinger, Reliefbild des Arbeitsrechts, 1952.
- Meissinger, Zusammenarbeit der überbetrieblichen und der betrieblichen Sozialpartner, Betr 1955 S. 410 f.
- Mertz, Kollektivvertragliche Regelung einer Kostenpauschale für die Bearbeitung von Lohnpfändungen und -abtretungen, BetrBer 1959 S. 493 ff.
- Molitor, AR-BI, Kündigung VIII, (Die außerordentliche Kündigung).

- Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, 1929.
- Molitor, Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 2. Aufl. 1951.
- Molitor, Sonderzuwendungen, RdA 1952 S. 124 ff.
- Molitor, Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, Betr Ber 1953 S. 34 ff.
- Monjau, Senkung außertariflicher Löhne, Betr 1959 S. 707 f.
- Monjau-Heimeier, Tarifvertragsgesetz nebst Durchführungsverordnung, Kommentar zum TVG, 1950.
- Müller G., Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Betr 1956 S. 524 ff, 549 ff.
- Müller G., Die dem Einzelarbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her innewohnende Beeinflussung, Betr 1958 S. 712 ff, 740 ff.
- Müller T., Setzt fristlose Entlassung bei beharrlicher Arbeitsverweigerung Verschulden voraus? Betr 1957 S. 1100 ff.
- Müller-Erzbach, Das Unternehmen und die Unternehmer- und die Arbeitnehmerfreiheit, JZ 1952 S. 193 ff.
- Neumann D., AR-BI, Versetzung des Arbeitnehmers I.
- Neumann L., Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 1951 S. 1 ff.
- Neumann-Duesberg, Wirkungsgrenzen der Betriebsordnung und der Betriebsvereinbarung, RdA 1949 S. 48 f.
- Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, Lehrbuch, 1960.
- Neumann-Duesberg, Kollektivvertrag und Individualrecht, JZ 1960 S. 525 ff.
- Neumann-Duesberg, Streikbegriffe, Streikarten und Zulässigkeitskriterien des wilden Streiks, BetrBer 1963 S. 1442 ff.
- Neumann-Nipperdey-Scheüner, Die Grundrechte, 1954.
- Niese, Streik und Strafrecht, 1954.
- Nikisch, Die sogenannte Änderungskündigung, Festschrift für Sitzler, S. 265 ff.
- Nikisch, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers und seine Grenzen, BetrBer 1950 S. 538 ff.
- Nikisch, Der Arbeitsplatz, BetrBer 1952 S. 493 ff.

- Nikisch, Kürzung von Pensionen wegen wirtschaftlicher Gefährdung des Unternehmens, JZ 1952 S. 75 ff.
- Nikisch, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach dem BVG, BetrBer 1953 S. 175 ff.
- Nikisch, Arbeitsrecht, allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht (zit. Lehrbuch), Bd. 1, 3. Aufl. 1961, Bd. 2, 2. Aufl. 1959.
- Nikisch, Streitfragen bei Massenentlassungen, Betr 1960 S. 1274.
- Nipperdey, Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung, Festschrift für Sitzler, S. 79 ff.
- Nipperdey, Rechtsprobleme der Aussperrung und des Streiks, BetrBer 1963 S. 1613 ff.
- Nüss, Auswirkung von Streik und Aussperrung auf das Arbeitsverhältnis, NJW 1959 S. 1957 ff.
- Oehmann, AR-BI, Direktionsrecht und Gehorsamspflicht, I, Übersicht.
- Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Arch. Ziv.Prax, Bd. 116 S. 1 ff.
- Oettinger, Die guten Sitten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung nach dem Kriege, Hamburger Rechtsstudien, Heft 9, 1931.
- o. N., Rechtsprechung zum Betriebsrisiko, BetrBer 1947 S. 246.
- Oswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, Schriftenreihe der BDA, Heft 11, 1954.
- Palandt, Kurzkomentar zum BGB, 20. Aufl. 1961.
- Palme, Grenzen des Direktionsrechts bei Zuweisung vertragsfremder Arbeit, BIStSozArbR 1954 S. 269 ff.
- Pinther, Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis? ArbuR 1961 S. 225 ff.
- Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1914.
- Pohle, Schadensersatzverpflichtungen beim Streik, juristische Dissertation Göttingen, 1925.
- Radke, Über die Grenzen der Diskussionsfreiheit in der Betriebsversammlung, ArbuR 1957 S. 129 ff.
- Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 4, 1955.

- Ramm, Der Arbeitskampf - nur äußerstes Mittel? BetrBer 1961 S. 1168 ff.
- Rappenecker, Die Unternehmerentscheidung im Kündigungsprozeß, BetrBer 1958 S. 47 ff.
- Rehhahn, Äquivalenzprinzip und Leistungszulagen, ArbuR 1956 S. 37 ff.
- Reichsgerichtsräte u. Bundesrichter, Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 10. Aufl. 1956.
- Reinhardt, Die Nichtanhörung des Betriebsrats, Sonderdruck aus der Festschrift für Nikisch, 1958.
- v. Reitzenstein, Solidarität und Gleichheit, Sozialwissenschaftliche Schriftenreihe der Universität Berlin, Heft 2, 1961.
- Reuss-Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 10, 1960.
- Rewolle, Gratifikation und 13. Monatsgehalt, Betr 1948 S. 471.
- Rewolle, Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber nach Arbeitsvertragsbruch, BetrBer 1955 S. 1030 f.
- Rewolle, Mitbestimmungsfragen aus dem Katalog in § 56 BVG, ArbuR 1959 S. 13 f.
- Rohlfing, Die gerichtliche Nachprüfung wirtschaftlicher Maßnahmen des Arbeitgebers, Betr 1953 S. 314 f.
- Rothe, Die Weihnachtsgratifikation, BlStSozArbR 1954 S. 347 ff.
- Sahmer, Loseblattkommentar zum BVG, 1959.
- Schelp, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung im Rahmen von § 59 BVG, Betr 1962 S. 1242 f.
- v. Schenck, Der Begriff der Sphäre in der Rechtswissenschaft, juristische Dissertation Hamburg, 1950.
- Schlessmann, Zulässigkeit, Durchführung und Vergütung von Überstunden, Betr 1959 S. 1253 ff.
- Schmidt, Widerruf, Kürzung und Kündbarkeit betrieblicher Pensionsleistungen, NJW 1950 S. 571 ff.
- Schönfelder, Naturalurlaub durch Urlaubsaufrechnung, ArbuR 1961 S. 201.
- Schnorr v. Carolsfeld, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1954
- Schultz, Die Druckkündigung im Arbeitsrecht, RdA 1963 S. 81 ff.

- Schulze-Reimpell, Mitbestimmung durch Mitbeurteilung, BetrBer 1961 S. 257 ff.
- Siebert, AR-BI, Arbeitszeit V.
- Siebert, Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Nipperdey, S. 119 ff.
- Siebert, Bindung und Verpflichtung des Arbeitgebers bei Ruhegeldzahlungen durch eine Pensions- oder Unterstützungskasse, Festschrift für Sitzler, S. 247 ff.
- Siebert, Betriebsvereinbarung und betriebliche Einigung über Einzelfälle, BetrBer 1952 S. 950 ff.
- Siebert, Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, Sonderdruck aus der Festschrift für Nikisch, 1958.
- Siebert, Einige Entwicklungslinien im neueren Individualrecht, RdA 1958 S. 366 ff.
- Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, Schriftenreihe der BDA, Heft 14, 2. Aufl. 1956.
- Simson G., Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, 1927.
- Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927.
- Sitzler, AR-BI, Die Betriebsvereinbarung I.
- Sitzler, AR-BI, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I, Übersicht.
- Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1 und 2, 9. Aufl. 1959.
- Sommer, Anhörung des Betriebsrats und Einzelkündigung nach dem BVG, BetrBer 1952 S. 980.
- Stahlhacke, Kollektivrechtliche Einwirkung auf erworbene Rechte, RdA 1959 S. 266 ff.
- Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. 1 und 2, 11. Aufl. 1955, 1957 und 1961.
- Steindorff, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959 S. 1 ff.
- Thomanek, Die Organstellung des Betriebsrats, juristische Dissertation Köln, 1961.
- Tilka, Das Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung, B1StSozArbR 1957 S. 251 ff.
- Titze, Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, JW 1922 S. 548 ff.
- Tophoven, Allgemeiner Kündigungsschutz bei Änderungskündigungen, Betr 1960 Beilage Nr. 16.

- Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug
beim Arbeitsvertrage, GruchBeitr. 59 S. 434 ff.
- Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1960.
- Vielhaber, Massenänderungskündigung und Anzeigepflicht nach
dem Kündigungsschutzgesetz, BetrBer 1953
S. 507 f.
- Völker, Wesen und Ziel betrieblicher Partnerschaft, Ver-
öffentlichungen der AGP, Reihe 11, Heft 2, 1958.
- Wehr, Der Einfluß eines betrieblichen Lohnabtretungsver-
bots auf Vorausabtretungen, BetrBer 1960 S.
709 f.
- Weimar, Liquidation des Drittschadens bei unerlaubter Hand-
lung, JR 1960 S. 374 f.
- Weitzel, Betriebsverfassungsgesetz und Aufsichtsrat, Zwei-
felsfragen der Praxis, BetrBer 1952 S. 806 ff.
- Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242
BGB, Recht und Staat, Heft 193/194, 1956.
- Wiedemann, Zeitliche Grenzen kollektiver Vereinbarungen,
RdA 1959 S. 454 ff.
- Wiedemann, Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach
dem Kündigungsschutzgesetz, RdA 1961 S. 1 ff.
- Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarif-
vertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur
Betriebsvereinbarung, 1957.
- Wolff H. J., Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1961.
- Wolff W., Mitbestimmung, Mitverantwortung und persönli-
che Haftung, BetrBer 1951 S. 310 ff.
- Würdinger, Zur Haftung für Ostschulden, insbesondere nach
erfolgter Enteignung im Osten, SJZ 1950 S.
81 ff.
- Zigan, Die Weihnachtsgratifikation, 3. Aufl.
- Zimmer, Einzelvertragliche Friedenspflicht, RdA 1962 S.
460 ff.
- Ziskoven, Die Bedeutung des § 826 BGB für das Arbeitsrecht,
juristische Dissertation Köln, 1930.
- Zöllner, Die Festsetzung des Urlaubs und ihre Erzwingung,
Betr 1957 S. 508 ff.

Wegen der Breite des Themas sind Nachweise solcher
Aufsätze, die hier interessierende Fragen lediglich am
Rande berühren, nur in dem Textteil enthalten.

Einleitung

I. Problemstellung

Vorliegende Arbeit hat die Untersuchung der Auswirkungen zum Inhalt, die Veränderungen in der wirtschaftlichen Situation von Betrieben auf das Arbeitsverhältnis haben können. Das sind wirtschaftliche Schwierigkeiten, denen die verschiedensten Ursachen zu Grunde liegen, deren Umfang und Ausmass in vielerlei Hinsicht variiert sein kann. Das Arbeitsverhältnis wird davon nur selten unberührt bleiben können, da der Betrieb und sein Florieren weitgehend für das Ausmass der Beschäftigung, für die Einstellung und Entlassung von Arbeitskräften, für die Lohnhöhe, kurzum für die gesamten Umstände der Arbeitsleistung von entscheidender Bedeutung sind.

Die Betriebsbelastung ist weder ein feststehender Rechts- noch Gesetzesbegriff. Es muss also zunächst von der Wortdeutung her der Kreis der Betriebssituationen abgesteckt werden, die hier zu untersuchen sind. Der Begriff der betrieblichen Belastung führt zu einer unternehmermässigen Wertung. Allerdings wird man unter Belastungen nicht schon blosser Gewinnrückgänge zu verstehen haben. Die Gewinnerzielung ist natürlich für die Entwicklung eines Betriebes wesentlich, da von ihr der weitere Ausbau und die Produktionsentwicklung, die Rücklagenbildung für risikobehaftete Geschäfte und für Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten, aber auch die (zusätzlichen) Leistungen (Sozialleistungen, Gewinnbeteiligungen) an die im Betriebe Mitarbeitenden abhängen.

Eine Belastung im Sinne dieser Arbeit ist aber erst dann gegeben, wenn der Betrieb ohne Gewinne geblieben und auf den Bestand seiner wirtschaftlichen Werte zurückgeworfen worden ist.

Für diese Fälle wird geprüft, ob die Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages so gestaltet sind oder sich so gewandelt haben, dass über den Vertrag bzw. innerhalb der Bindung Arbeitgeber - Arbeitneh-

mer die betriebliche Belastung ausgeglichen oder abgewendet werden kann, wie weit also zur Behebung einer Notlage eine Abwälzung der wirtschaftlichen Nachteile auf sämtliche der in der Betriebsgemeinschaft Stehenden möglich ist.

Aus dem Gesetz ergibt sich bereits, dass das wirtschaftliche Risiko nicht stets von demjenigen zu tragen ist, den die Belastung zunächst trifft. Eine ganze Reihe von Vorschriften des Schuldrechts des BGB befassen sich mit der Verlagerung der Belastung auf einen endgültigen Risikoträger, so etwa §§ 300, 324, 347 BGB, auch die Vorschriften der §§ 275, 281 u. a. m. Daraus kann entnommen werden, dass das Gesetz eine Belastungsabwälzung kennt. Die Grundvorschrift des § 305 BGB gestattet, diese Risikoverlagerung auch in anderen als den eben erwähnten und im Gesetz genannten Fällen frei zu vereinbaren, so dass das Risiko unter den Parteien eine jeweils den Umständen und Bedürfnissen angemessene und an den Parteiwillen gebundene Regelung erfahren kann.¹⁾ Derartige ausdrückliche Gefahren- und Risikoregelungen gehen in dem geregelten Bereich der Gestaltung des Arbeitsvertrages auf Grund allgemeiner Bestimmungen vor, die dann etwa einzutreten vermöchte, wenn die Anforderungen wesentlich überstiegen werden, die an die übliche Vertragserfüllung zu stellen sind. Arbeitsverträge enthalten aber gemeinhin keine ausdrückliche Regelung der Risikofälle. Die Frage nach der Auswirkung von Betriebsbelastungen auf das Arbeitsverhältnis konkretisiert sich damit vor allem auf die Probleme, die jeweilige Risikogrenze festzulegen, bis zu der die eine der Vertragsparteien, der Arbeitgeber bzw. der Betriebsinhaber, noch die Betriebsbelastungen selbst zu tragen hat, wann diese Grenze überschritten wird, welche verschiedenen Möglichkeiten der Risikoüberwälzung das Gesetz

1) Bestes und weitgehendstes Beispiel sind wohl die Garantieverträge, die praktisch nur mehr eine Risikoregelung zum Inhalt haben; Risikoregelungen werden von der ganz h. M. für zulässig erachtet: vergl. etwa Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Band I S. 317/318; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 17 mit zahlreichen Hinweisen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung; aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung: Urteil des BArbG. vom 4. 7. 1958 - 1 A Z R 559/57, A P Nr. 5 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) mit zustimmender Anm. von A. Hueck unter Weiterverweis auf Rspr. des RArbG. = B1-StSozArbR 1959 S. 250.

in den einzelnen Fällen bietet und wie sich hierbei insbesondere die vertraglichen Lohnzahlungs-, Beschäftigungs-, Treue- und Fürsorgepflichten auswirken, welche Bedeutung dem Direktionsrecht beizumessen ist, ob und welche Kündigungsrechte entstehen und wann etwa ein Recht auf Schadenersatz begründet ist.

II. Die Einteilung der betrieblichen Belastungen.

Betriebliche Belastungen lassen sich unter verschiedenen einander zum Teil überschneidenden Gesichtspunkten erfassen und gliedern:

- 1.) entsprechend ihrem Ausgangspunkt nach innerbetrieblichen Krisenherden oder Einwirkungen, die von aussen auf den Betrieb zukommen;
- 2.) nach Schwierigkeiten, die in technischen Ursachen begründet sind oder die auf menschliches Zutun zurückzuführen sind;
- 3.) in schwere - etwa existenzgefährdende - und leichtere Belastungen;
- 4.) in Belastungen, die gewöhnlich auf die Betriebe zuzukommen pflegen und solche, die aussergewöhnlich sind;
- 5.) in Belastungen, die von Betriebsangehörigen verursacht sind (von einzelnen oder von mehreren in gewolltem Zusammenwirken) und in solche, deren Urheber ausserhalb stehen;
- 6.) in Belastungen, deren tatsächliche Auswirkungen zu einer Verminderung der an die Vertragsparteien zu stellenden Anforderungen bis hin zu einem Wegfall der vertraglichen Beziehungen überhaupt führen oder deren Folge die Erhöhung der vertraglich zu erbringenden Leistungen sind;
- 7.) in Belastungen, deren Rechtsfolgen unmittelbar eintreten, bzw. die die vertraglichen Beziehungen ohne Zutun auch nur einer Vertragspartei gestalten und solche, bei denen erst einseitige oder zweiseitige Massnahmen für das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von Bedeutung sind;
- 8.) in Belastungen, denen mit ausserordentlichen oder mit ordentlichen Massnahmen begegnet werden kann;
- 9.) in Belastungen, bei denen kollektivrechtliche oder ausschliesslich individualrechtliche Möglichkeiten zu nutzen sind.

Im Folgenden sollen zunächst die Notstandslagen aus technischen und wirtschaftlichen Gründen (Teil A), sodann die Notstandslagen im Rahmen und als Folge von Arbeitskämpfen (Teil B) und schliesslich die Notstandslagen aus sonstigen Gründen (Teil C) behandelt werden. Dieser Arbeitsaufbau ergibt sich aus den in der Literatur und Rechtssprechung feststehenden Rechtsbegriffen, von denen auszugehen sein wird.

Teil A

Notstandslagen aus technischen und wirtschaftlichen Gründen.

I. Das Betriebsrisiko (Ausgangsfälle)

Bei der Frage nach dem Betriebsrisiko geht es um die Lösung vornehmlich der Fälle technischer Schwierigkeiten, die bei den sachlichen Betriebsmitteln eintreten können und von deren Vorhandensein und Funktionieren die Produktion, der Arbeitsablauf, die Erbringung der Arbeitsleistung überhaupt abhängt. Solche Fälle sind nicht sofort behebbare Maschinendefekte ²⁾, Unterbrechungen der Stromzufuhr ³⁾, Stokungen in der Zufuhr von Kohlen ⁴⁾ und Rohstoffen ⁵⁾, Wassermangel, Eisgang, Frost, Brände, Überschwemmungen, Arbeitsstockungen in ganzen Landstrichen, feindliche Besetzung usw. ⁶⁾, also Unglücksfälle, Katastrophenfälle u. ä. ⁷⁾. Dabei kann diese Folge auch auf das Handeln eines oder einzelner Arbeitnehmer zurückzuführen sein. Soweit diese Handlung verschuldet ist, greifen allerdings in dem Arbeitsverhältnis zwischen Schädiger und Arbeitgeber die Vorschriften über schuldhafte

2) RArbG v. 3.11.1928 in ARS Bd. 4 S. 149

3) RArbG v. 15.12.1928 in ARS Bd. 5 S. 38 mit Anm. v. A. Hueck.

4) O. N. in BetrBer 1950 S. 870

5) RArbG v. 2.3.1929 in ARS Bd. 5 S. 366 mit Anm. v. A. Hueck.

6) Boehmer, Grundlagen, Bd. II 2 S. 187; Gros AR-Bl., Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, unter I 1; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 316 f; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 598 f; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 62 mit zahlreichen Nachweisen aus der umfangreichen Rspr.; Staudinger-Weber, aaO., § 242 S 652 f, Fussnote. Die Fälle des generellen Betriebsrisikos, das ganze Landstriche erfasst, wollte allerdings Hueck, ZAKDR 1935 S.923 f, einer Sonderregelung unterstellen; danach hätten selbst solche Situationen, die nicht betriebsbestandsgefährdend seien, von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam getragen werden müssen. Anderer Ansicht zu Recht (eingehend) Jorns, aaO. S. 140 mit Nachw., der diese Fälle unter die der höheren Gewalt einreicht; hierzu s. unten S. 25 ff.

7) Zu den Fällen, in denen die Ursache im Kollektivhandeln liegt, wird unten S. 131 noch besonders Stellung zu nehmen sein.

Vertragsstörungen ein⁸⁾, denn Arbeitsverhältnisse gründen auf schuldrechtlichen, gegenseitigen Verträgen, die grundsätzlich den allgemeinen Regeln des Schuldrechts unterworfen sind^{9) 10)}. Auszugehen ist also davon, dass alle diese Belastungen des Betriebes auf keinerlei Verschulden zurückzuführen sind¹¹⁾.

Soweit keine besondere vertragliche Regelung des Risikos auf einzelvertraglicher oder auf der Ebene des Kollektivrechts vorgegeben ist, stellt sich nun die Frage, welche Rechtsregeln auf die Betriebsrisikofälle anzuwenden sind.

1. Die älteren Lösungsversuche¹²⁾.

a) Zivilrechtliche Lösungen.

Zunächst hat man der bürgerlich rechtlichen Dogmatik folgend versucht, mit den Bestimmungen des BGB eine Lösung zu finden. Im wesentlichen standen sich zwei Theorien gegenüber: die in verschiedenen

8) Gros, AR-BI., Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, unter II a; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 317; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 50 aE.; Staudinger-Weber, aaO., § 242 Anm. C 56 mit Rechtssprechungszitaten. Aus der Rspr. des BGH: Urteil v. 10. 1. 1955, BGHZ Bd. 16 S. 111 = NJW 1955 S. 458.

9) Allgemeine Meinung: Hueck-Nipperdey, Bd. 1 des Lehrbuches, S. 104, 117; Hueck-Nipperdey, Grundriss, S. 42; Köst, Arbeitsrecht, S. 15; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 161; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, Vorbem. 14, 34, 35, 39 vor § 611; aus der Rspr. etwa BARbG v. 21. 10. 1954 - 2 AZR 25/53 E Bd. 1 S. 128 (133) = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG = BetrBer 1954 S. 936.

10) Im Verhältnis des Arbeitgebers zu den übrigen Arbeitnehmern kann diese schuldhaftige Handlung dann keine Bedeutung haben, wenn nicht eine Zusammenfassung der Arbeitnehmer zu einer Gemeinschaft rechtlich möglich und billigenswert erscheint, vgl. Galperin in RdA 1949 S. 12, RARbG v. 24. 9. 1930 in ARS Bd. 10 S. 523; diese Frage wird im Rahmen der Prüfung der Bedeutung der Betriebsgemeinschaft für die Risikoabwälzung behandelt.

11) Jorns, Das Betriebsrisiko S. 151; Nikisch in JZ 1952 S. 76; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 50. BARbG v. 8. 2. 1957 - 1 AZR 338/55 E Bd. 3 S. 346 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) = AR-BI., Arbeitskampf II, Entsch. 7 = BetrBer 1957 S. 366; RARbG v. 26. 9. 1934 in ARS Bd. 22 S. 5 (mit zust. Anm. v. A. Hueck) und v. 9. 9. 1938 Bd. 34 S. 273 (zust. Anm. v. A. Hueck).

12) Eine eingehende Darstellung der alten Lehrmeinungen findet sich bei Besselmann, Diss., S. 3 - 15.

Abwandlungen vertretene Annahmeverzugstheorie von Oertmann ¹³⁾, Trautmann ¹⁴⁾, Titze ¹⁵⁾ u. a. ¹⁶⁾ und die Unmöglichkeitstheorie von Lotmar ¹⁷⁾. Beide Ansichten sind nur deshalb denkbar, weil die Störungsursache in Betriebsrisikofällen ohne ein Verschulden der Vertragsparteien eingetreten ist.

Nach der Ansicht der die Annahmeverzugstheorie Vertretenden sollte der Arbeitnehmer nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen haben. Damit erfülle er seinerseits seine vertraglichen Verpflichtungen und es liege nurmehr am Arbeitgeber, von diesem Angebot Gebrauch zu machen ¹⁸⁾. Er habe also für die Möglichkeit zu sorgen, dass die Arbeitsleistung auch tatsächlich erfolgen könne. Unterlasse er das, so verabsäume er eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung und gerate deshalb - ohne dass es auf sein Verschulden ankäme - in Annahmeverzug mit der Folge, dass er zur Lohnzahlung nach § 615 BGB verpflichtet sei.

Die Unmöglichkeitstheorie ging von einer tatsächlichen Festlegung des Arbeitsinhaltes aus und kam daher zu dem Ergebnis, dass eine derartig bestimmte (etwa durch das Direktionsrecht konkretisierte) Arbeitsleistung eben nicht möglich sei. Da die Unmöglichkeit aber von keiner Seite zu vertreten sei, müsse der Lohn entsprechend der Regel des § 323 BGB fortgezahlt werden.

Die Meinungen schieden sich also an der Frage der Arbeitsleistung und ihrem Inhalte. Beide Ansichten konnten gute Argumente für sich ins Feld führen. Daran zeigt sich sehr deutlich, dass mit Hilfe des zivilrechtlichen Begriffsschemas diese Fälle nicht befriedigend zu lösen sind.

13) ArchZivPrax 116 S. 1 f (25 f).

14) GruchBeitr 59 S. 434.

15) JW 1922 S. 548.

16) Vgl. Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 17; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 52.

17) Der Arbeitsvertrag, Bd. 2 S. 282; weitere bei Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 54.

18) Ähnlich heute wieder Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 599, da er davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer verpflichtet sei, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, er also für sein sich-zur-Verfügung-stellen zu entlohnen sei.

b) Arbeitsrechtlich orientierte Lösung.

Die zivilrechtlichen Lösungsversuche gehen an der Tatsache vorüber, dass das Arbeitsverhältnis mehr als ein blosses Schuldverhältnis, gerichtet auf den Austausch von Leistungen, ist. "Der Gesetzgeber des BGB vom Jahre 1896 hat weder die rechtlichen noch die sozialen Probleme, die sich in dieser Frage ergeben, mit hinreichender Klarheit sehen können." ¹⁹⁾ Daher konnte sich bald die dritte Meinung Bahn brechen, die an die Entscheidung des Reichsgerichts v. 6. 2. 1923 ²⁰⁾ anknüpfte. Das Reichsgericht stellte die Bedeutung der sozialen Verhältnisse für die Lösung dieses arbeitsrechtlichen Problems heraus und suchte - indem es die zivilrechtliche Lösung ausschloss - eine dem Arbeitsverhältnis gerechte Lösung aus einer von ihm angenommenen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft heraus. Hieran knüpfte die sogenannte Sphärentheorie, die eine Arbeitnehmer- und eine Arbeitgebersphäre abzugrenzen und die Ursachen für die Betriebsstockungen nun in diese Sphären einzustellen suchte. Danach war die Bereitstellung intakter Produktionsmittel Sache des Arbeitgebers; eine Störung der Arbeitsmöglichkeit, die auf ein Verhalten der Arbeitnehmerseite (Streik) zurückzuführen war, musste folglich auf die Lohnzahlung von Einfluss sein. Von den Arbeitnehmern wären aber solche Ereignisse mitzutragen, die den Bestand des Betriebes bedrohten. Dieser Ansicht ist insbesondere die Rechtssprechung weitgehend gefolgt. ²¹⁾ In der Folgezeit zog aber das Reichsarbeitsgericht zur Begründung immer stärker den § 242 BGB, den Grundsatz von Treu und Glauben, allerdings geformt durch den Begriff der Betriebsgemeinschaft, mit heran. ²²⁾

Nach 1945 wurden die Probleme erneut und in einem weitaus erheblicheren Umfange akut. Rechtssprechung und Rechtslehre gingen dabei

19) BARbG v. 8. 2. 1957 - 1 AZR 338/55, E Bd. 3 S. 346 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) = AR-BI., Arbeitskampf II Entsch. 7 = Betr Ber 1957 S. 366.

20) RGZ Bd. 106 S. 272.

21) RARbG v. 20. 6. 1928 in AmtlSamml. Bd. 2 S. 74 = ARS Bd. 3 S. 116; aus der Literatur etwa Hueck in ZAkDR 1935 S. 921.

22) RARbG v. 10. 10. 1931 in ARS Bd. 13 S. 168; Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 33.

verschiedene Wege, folgten zum Teil in mehr oder weniger starker Anlehnung der Begründung des Reichsarbeitsgerichts oder unterwarfen die Betriebsrisikofälle den Normen des BGB. ²³⁾

2. Die Abwälzung von Betriebsbelastungen und die geschichtliche Entwicklung des Arbeitsrechts.

Die Entwicklung eines eigenen Arbeitsrechts beginnt in dem Augenblick, in dem die technischen Fortschritte von dem bisherigen Arbeiten abzurücken zwangen. Mit dem Entstehen des Lohnarbeiterstandes brach der Klassengegensatz zwischen den die Produktionsmittel Besitzenden und den Arbeitnehmern in besonders krasser Weise auf. Der wirtschaftliche Liberalismus, das freie Spiel der Kräfte, wirkte sich ausschliesslich zu Ungunsten der vom Kapital abhängigen Arbeitnehmerschaft aus. Ein individualistisch ausgestaltetes Arbeitsrecht wurde zum alleinigen Vorteil des Arbeitgebers; der auf Verdienst angewiesene Arbeitnehmer mußte sich seinen Bedingungen unterwerfen. Der "Produktionsfaktor Arbeit" wurde vom Arbeitgeber so eingestuft, dass er möglichst geringe Kosten verursachte. Weitreichende soziale Misstände zwangen schließlich dagegen einzuschreiten. Der Arbeitgeber, der bislang unumschränkter "Herr im Hause" war, musste zunächst einmal Schutzregelungen zu Gunsten der Arbeitnehmer hinnehmen. ²⁴⁾ Zugleich begannen die Arbeitnehmer geschlossen ihre Forderungen dem Arbeitgeber gegenüber zu vertreten und konnten sich so auf dem Wege der Selbsthilfe bessere Arbeitsbedingungen ertrutzen. Der Druck der Arbeitnehmerschaft, aber auch die Erkenntnis von der besonderen Art des Arbeitsvertrages als eines nicht nur dem blossen Leistungsaustausch dienenden Vertrages, dessen Wesen in der personalen Bindung der Vertragspartner liegt, ²⁵⁾

23) Eine eingehende Darstellung der Lehrmeinungen und der Auffassungen der einzelnen Gerichte enthält die Arbeit von Jorns, aaO. S. 36 ff.

24) So die preussischen Gesetze der Jahre 1839, 1849, 1853 u. a. m.; vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 10, Anm. 1 und 2.

25) Bulla, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 1; Farthmann, RdA 1960 S. 5; Frey, ArbuR 1953 S. 170; Hueck, Der Treuegedanke, S. 12; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 115 f; Koest, Arbeitsrecht, S. 14; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 162 f; Siebert,

führte schliesslich zur Anerkennung der Gleichwertigkeit der Faktoren Arbeit und Kapital und in der Folge zur Mitsprache der Arbeitnehmer-schaft im Betrieb. Diese Entwicklung, die zunehmende Berücksichtigung der Person und der Interessen auch des Arbeitnehmers, legt die Ver-mutung nahe, dass dem Arbeitgeber, der heute nicht mehr der " unum-schränkte Herr im Hause " ist, auch nicht mehr allein jede Belastung aufgebürdet sein kann und muss.

3. Der Arbeitgeber als grundsätzlicher Träger des Risikos.

Grundsätzlich hat jedes Rechtssubjekt für alle in seinem Lebensbe-reich ihn treffenden rechtlichen und tatsächlichen Ereignisse einzutreten. Schafft jemand durch sein Handeln die Möglichkeit einer Risikola-ge, führt er eine Gefahrensituation herbei, so hat er für diesen Bereich auch das Risiko zu tragen. Er ist Verursacher und damit auch Beherr-scher (im weiteren Sinn) des Gefahrenbereiches. Er ist der Nächst-stehende, der für die Gefahrenlage naturgemäss einzutreten hat.²⁶⁾

²⁷⁾ Dieses allgemeine Rechtsprinzip ²⁸⁾, " dieser deutschrechtliche Grundsatz, der durch die Rezeption des römischen Rechts teilweise

RdA 1958 S. 366; Sitzler, AR-Bl., "Arbeitsrecht: Übersicht VII A", A 2; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, Vorbem. 34 vor § 611. BARbG v. 12.10.1954 - 2 AZR 267/54 E Bd. 1 S. 107 = AP Nr. 1 zu § 52 Rege-lungsgesetz = Betr. 1954 S. 978. BARbG v. 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 E Bd. 2 S. 222 (224) = AP Nr. 2 zu § 611 (Beschäftigungspflicht) = Betr Ber 1956 S. 141. RArbG v. 19.1.1938 in ARS Bd. 33 S. 172; BGH v. 11.7.1953 BGHZ Bd. 10 S. 187 (190) = NJW 1953 S. 1465.

AA: Neumann, RdA 1951 S. 2 ; Pinther, ArbuR 1961 S. 225; Ramm, Die Anfechtung, S. 18 ff; Rehahn, ArbuR 1956 S. 38; Schnorr von Carols-feld, Lehrbuch, S. 162 (einschränkend).

26) Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 98 f; Steindorff, JZ 1959 S. 5 mit Weiterverweis; Würdinger, SJZ 1950 S. 88 - 90; vgl. auch BARbG v. 25.7.1957 - 2 AZR 93/56 E Bd. 4 S. 326 = AP Nr. 1 zu § 4 AZO = AR-Bl., Arbeitszeit II Entsch. 1 = BetrBer 1957 S. 787, wo herausgestellt wird, dass es eine Risikosphäre des Arbeit-nehmers gibt, in der diesen die persönlichen Belastungen treffen.

27) Dass dieses Prinzip unabhängig von einem etwaigen Verschulden des-jenigen ist, um dessen Herrschaftsbereich es sich handelt (so Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 2), ist hier ohne Bedeutung, da Ausgangsfälle der Betriebsrisikolagen nur die von keiner Vertrags-partei verschuldeten Notlagen waren.

zurückgedrängt wurde (O. v. Gierke, Dt Privat R III 126), hat auch weiterhin Gültigkeit" 29).

Die Betriebsrisikofälle liegen nicht ausserhalb des Risikobereichs des Arbeitgebers. Ihm steht das Eigentum am Betriebe zu, ihn müssen also auch die Gefahren treffen, die aus diesem Eigentum erwachsen, bzw. die von aussen her auf dieses Eigentum einwirken. Das Eigentum konkretisiert den Bereich, innerhalb dessen der Arbeitgeber tätig zu werden vermag; es ist der natürliche Herrschaftsbereich des Verfügungsbefugten 30). " Wer mit Einsatz seiner Arbeit und seines Kapitals einen wirtschaftlichen Erfolg erstrebt und damit auch ein Wagnis eingeht, kann nicht bei auftretenden Schwierigkeiten geltend machen, dass er diese nicht allein zu tragen habe " 31). Das heisst nun nicht, dass Gefahrenträger und Gewinnzieher identisch sind. Oben wurde bereits gesagt, dass die Gewinnminderung zwar auch eine Last sein könne, dass aber Betriebsrisikolagen erst denkbar sind, wenn Substanzwerte angegriffen werden. Die Frage nach dem Gewinnzieher ist also hier ohne Bedeutung 32). Entscheidendes Merkmal der Haftung für im eigenen

28) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch, AT, Bd. I 2 S. 1270; Kegel, JZ 1951 S. 399; Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 298; Staudinger-Weber, aaO., Anm. C 3 mit weiteren Nachweisen.

29) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 1 unter Hinweis auf Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 97 ff und auf weiteres Schrifttum. Auch die Interessenjurisprudenz folgt der hier dargelegten Auffassung, wonach jeder im eigenen Gefahrenkreis die ihn treffenden Belastungen selbst zu tragen hat: Staudinger-Weber, aaO., Anm. C 5 mit Weiterverweisen.

30) Den Zusammenhang zwischen Entscheidungsbefugnis und Verantwortungsbelastung hebt auch das RG v. 6.2.1923, RGZ Bd. 106 S. 272 hervor.

31) Staudinger-Weber, aaO., Anm. C 59; ebenso Galperin, RdA 1949 S. 9.

32) Kauffmann, RdA 1952 S. 451 meint: man könne nicht sagen: Wer den Gewinn habe, solle auch den Verlust tragen. Der Betrieb könne nach seiner Verfassung zwar so gestaltet sein, dass der Gewinn an die Arbeitnehmerschaft verteilt werde oder ihr in Form von sozialen Einrichtungen zu Gute komme. Es gäbe aber gemeinnützige oder caritative Betriebe, bei denen überhaupt kein Gewinn erzielt oder auch nur erstrebt werde. Wollte man den Ausgangssatz wirklich konsequent durchführen, so müßte die Arbeitnehmerschaft stets am Gewinn beteiligt sein. Im übrigen sei wirtschaftlicher Träger des Gewinns nicht der Unternehmer, sondern das im Unternehmen fundierte Kapital. Dies könne Fremdkapital sein und sei es häufig auch. Aber weder der Kapitalgeber noch auch der Staat, der aus dem Gewinn seinerseits durch Steuererhebung Gewinn erzielt, nähmen grundsätzlich am Betriebsrisiko teil.

Risikobereich auftretende Gefahren ist die Möglichkeit, in diesem Bereich tätig zu werden und Massnahmen der Schadensverhütung treffen zu können³³⁾. Niemandem kann da die Gefahrtragung grundsätzlich zugemutet werden, wo er nicht vorbeugend wenigstens Versuche zur Abwehr der Gefahren und der mit Ihnen verbundenen Belastungen zu treffen vermag. Damit soll nicht festgestellt sein, dass jeder Gefahr gegenüber auch ein äquivalentes Abwehrmittel zur Verfügung zu stehen hat, ja dass es ein solches überhaupt gibt. Handelt es sich bei der Risikoabwälzung um die Überwindung von Schwierigkeiten in Grenzsituationen, so kann eine Milderung der Gefahrenmomente, eine vorweggenommene Minderung der Belastungen, schon zur Ausschaltung der Überwälzung führen. Solche Vorkehrungen aber nicht vom Risikoträger zu verlangen, hiesse ihn von vornherein auf Kosten Dritter entlasten zu wollen. Derartiges kann nicht im Grundsatz der Risikotragung enthalten sein; er würde sich damit bereits wesensgemäss als Teilungsgrundsatz repräsentieren.

Es ist also jeweils an den praktischen Einwirkungskreis anzuknüpfen³⁴⁾

33) Kauffmann, RdA 1952 S. 451 f: "Wer verantwortlich handeln kann, muss auch die Folgen seines Handelns auf sich nehmen"; die Leitung sei der Kern aller Belastung mit dem Betriebsrisiko; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 100, 185, der aber eine Haftung nur bis zur höheren Gewalt bejaht; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 1; Würdinger, in einem unveröffentlichten Gutachten, zit. bei v. Schenck, Diss. S. 395: "Die gesetzliche Verbindung von Herrschaft und Verantwortung, von Risikobeherrschung und Gefahrtragung, liegt als allgemein gültiges, rechtspolitisches Postulat unserer Rechtsordnung zu Grunde, weil durch sie die Freiheit von der Willkür, die Entscheidungsmacht vom Missbrauch geschieden wird". - Tatsächlich erweist sich in allen Bereichen der Schadenshaftung, dass jede Haftung auf dem Handeln bzw. auf dem Handelnkönnen (Unterlassung) aufbaut; man denke etwa an die über die Verschuldenshaftung hinausreichende Gefährdungshaftung oder auch an die Zustandshaftung oder die Haftung des "Störers" im Polizeirecht oder an die im Vordringen befindliche Lehre von der Gefährdungshaftung im Bereiche des öffentlichen Rechts (Forsthoff, Lehrbuch, S. 317 mit Anm. 2), die bei der Schaffung erhöhter Gefahrenlagen durch die Verwaltung ausgleichend wirken soll.
BGH v. 15.6.1951 LM Nr. 2 zu § 242 (Ba) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 836.

34) So auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 73 und die dort aufgeführte Literatur, die auf die Beeinflussungsmöglichkeit abheben.

Tatsächlich wird auch allgemein das Risiko grundsätzlich und ungeteilt demjenigen aufgebürdet, um dessen Gefahrenbereich es sich handelt; das ist im Rahmen des Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der Betriebsbelastungen aus Betriebsrisikofällen der Arbeitgeber. ³⁵⁾

4. Abzulehnende Begründungen für eine Risikobeteiligung der Arbeitnehmer.

a.) Die Mitspracherechte der Arbeitnehmer im Betrieb.

Fraglich ist, ob sich nicht aus den Mitspracherechten der Arbeitnehmer im Betrieb (wenigstens für Ausnahmefälle) eine Mittragung des betrieblichen Risikos ableiten läßt. Nachdem als das für die Risikotragung Wesentliche die Möglichkeit der Betriebsleitung, der gestaltenden Einwirkung auf den Risikobereich gesehen wurde, könnte die Beteiligung der Arbeitnehmer an diesen Lenkungsmaßnahmen auf die Möglichkeit einer Abwälzung oder Mittragung des Risikos hindeuten. ³⁶⁾ Tatsächlich sind solche Überlegungen mit dem Entstehen des Betriebsverfassungsgesetzes angestellt worden. ³⁷⁾

a 1) Aus der Mitsprachemöglichkeit als solcher läßt sich aber ein der-

35) Gros, AR-BI, Arbeitsausfall II Betriebsstörung, II 2 d aa; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 320 mit Fussn. 114; Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 115; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 157; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 599; Maus-Gross-Rewolle-Thiele, Handbuch, IV RandNr. 250; Schnorr v. Carolsfeld, Lehrbuch, S. 219; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242, Anm. C 58 f mit Weiterverweisen; Staudinger-Mohnen, aaO. § 615 Anm. 66. Aus der Rspr.: BARbG v. 27.4.1960 - 4 AZR 584/58 in AP Nr. 10 zu § 615 = BetrBer 1960 S. 779; BARbG v. 8.2.1957 - 1 AZR 338/55 E Bd. 3 S. 346 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) = AR-BI., Arbeitskampf II, Entsch. 7 = BetrBer 1957 S. 366; LArbG Hamburg v. 5.4.1955, Betr 1955 S. 632; LArbG München v. 20.10.1948, AR-BI, Arbeitsausfall II, Entsch. 17; RARbG v. 20.6.1928, ARS Bd. 3 S. 116 u. ö.; weitere Rechtssprechungsnachweise bei Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 44, Fußn. 35.
36) So sagt W. Wolff, BetrBer 1951 S. 310 grundsätzlich, daß einem Mitentscheidungsrecht eine angemessene Haftung zu entsprechen habe.
37) Vgl. Kauffmann, RdA 1952 S. 454, Koenigs, Betr 1951 S. 898 f.; Krause, BetrBer 1951 S. 677; Maus-Gross-Rewolle-Thiele, Handbuch IV RandNr. 254; weitere Hinweise bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242, S. 660 Fussn.

ärtiger Schluss noch nicht ziehen. Man wird zu unterscheiden haben, worauf sich die Mitspracherechte der Arbeitnehmer beziehen. Auf sozialem und personellem Gebiet ist die Arbeitnehmerschaft durch das BVG in erheblichem Umfange an betrieblichen Lenkungsmassnahmen beteiligt, auf dem wirtschaftlichen Sektor aber - und um diesen geht es ja gerade, weil die Auswirkungen der Notstandslagen sich dort bemerkbar machen - wurde ganz bewusst vermieden, die Stellung des Unternehmers zu schwächen. Die §§ 67 ff BVG sehen eine Orientierung der Arbeitnehmerschaft über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens vor, gewähren jedoch keine Mitgestaltungsbefugnisse auch in diesem Bereich. Eine Ausnahme stellt § 72 BVG dar; werden wesentliche Betriebsänderungen geplant, die mit erheblichen Nachteilen für die Belegschaft verbunden sind, hat der Betriebsrat ein Mitwirkungsrecht.³⁸⁾ Die §§ 72 II und 73 BVG sehen dann ein besonderes Verfahren für die Fälle vor, in denen keine Einigung zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber zustande kommt. Gelingt es dem Betriebsrat, seine Auffassung durchzusetzen, so ist die Folge nicht etwa, dass der Arbeitgeber nun auch seine Massnahmen unter Beachtung dieser Ansicht durchzuführen hätte. Er wird nicht gezwungen, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Seine Entscheidungsfreiheit bleibt unberührt. Die ihn treffenden Folgen liegen allein und noch nicht einmal in jedem Fall auf wirtschaftlichem, nicht auf rechtlichem Gebiet. Sein Handeln ist hinsichtlich der rechtlichen Wirksamkeit von der Haltung der Arbeitnehmerschaft nicht abhängig. Mögen auch Verstösse mit der Gefahr von Sanktionen verknüpft sein³⁹⁾, eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Be-

38) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II S. 872, 807. AA. Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 25 und § 72 Anm. 2 (mit eingehenden Zitaten), sowie Neumann-Duesberg, Betriebsverfassung, S. 598, die für ein echtes Mitbestimmungsrecht eintreten, weil eine Einigung vorgeschrieben sei. Die Frage kann dahingestellt bleiben, da auch die Vertreter der zweiten Auffassung zugeben müssen, dass die individualrechtlichen Wirkungen eines Verstosses nicht zur Unwirksamkeit der Massnahmen des Arbeitgebers führen, seine freie Unternehmerinitiative erhalten bleibt.

39) Die rechtswirksamen Kündigungen etwa können, wenn sie entgegen der Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft oder trotz

etriebsrat oder ein Einigungsvorschlag der unabhängigen und an Anträge nicht gebundenen Vermittlungsstellen ist nur im Innenverhältnis von Bedeutung. Sie haben weder rechtliche zwingende Wirkung noch sind sie vollstreckbar ⁴⁰⁾. Selbst wenn etwa die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag erweitert würden ⁴¹⁾, ist das Ergebnis das gleiche.

a 2) Für gewisse Unternehmen sieht das BVG ⁴²⁾ und weitergehend noch die Bundesgesetze für die Montan-Industrie ⁴³⁾ die Entsendung von Vertretern der Arbeitnehmerschaft in die Organe der Unternehmen vor. Die in den Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften bzw. von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bergrechtlichen Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ⁴⁴⁾ entsandten Arbeitnehmervertreter nehmen dort echte unternehmerische Funktionen wahr ⁴⁵⁾ und sind nicht mehr Vertreter der Arbeitnehmer ⁴⁶⁾. Stellung und Aufgaben des Aufsichtsrats, bestimmt und geregelt im Gesellschaftsrecht ⁴⁷⁾,

des Einigungsspruches der unparteiischen Vermittlungsstelle ohne zwingenden Grund ausgesprochen werden, zur Zahlung von Abfindungen an die Arbeitnehmer führen, wie es § 74 BVG vorsieht.

40) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 74, Anm. 1.

41) Diese Möglichkeit wird von einer ganzen Reihe von Autoren für rechtlich zulässig gehalten, so etwa Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 28 - 30, § 75 Anm. 4; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 879 f; Hueck, BetrBer 1952 S. 928 für Tarifverträge; Schnorr von Carolsfeld, Lehrbuch, S. 443 für Betriebsvereinbarungen; aa. Dietz, Komm. zum BVG, § 75 Anm. 2; Erdmann, Komm. zum BVG, § 75 Anm. 1, 3; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, Vorbem. 20 f vor § 72 und Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 599, weil dem der Mindestcharakter der gesetzlichen Regelung im BVG entgegenstehe, weshalb auch eine Einigung kollektivvertraglich nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung gemacht werden könne (Neumann-Duesberg, aaO.).

42) §§ 76, 77.

43) vom 21. 5. 1951, BG-Bl. I S. 347; v. 7. 8. 1956, BG-Bl. I S. 707.

44) vgl. § 76 I und § 77 I - III BVG.

45) Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 602 spricht von wirtschaftlicher Mitbestimmung als unternehmerischer Entscheidung.

46) Die Bezeichnung "Vertreter der Arbeitnehmer" ist also irreführend und bezieht sich nur auf das Wahlverfahren: Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 76 Anm. 122: eine Weisungsgebundenheit - an wessen Weisungen auch ? - besteht nicht, Neumann-Duesberg, aaO., S. 614.

47) AktG §§ 95 V und 71.

sind durch das BVG nicht angetastet oder gar erweitert worden⁴⁸⁾. Die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats liegt in der Überwachung des Vorstandes⁴⁹⁾; er hat sich um die Geschäftsführung zu kümmern und kann dazu auch die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung kontrollieren⁵⁰⁾; seine Rechte gehen aber niemals soweit, dass er die eigentliche Leitung der Geschäfte an sich ziehen, noch etwa auch nur die Initiative des Vorstandes als des geschäftsführenden Organs lähmen darf.⁵¹⁾

In den nicht an Weisungen des Aufsichtsrats gebundenen Vorstand, das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens berufene Organ, zieht höchstens ein Arbeitsdirektor ein.⁵²⁾ Praktisch wird seine Stimme gegen die der übrigen Vorstandsmitglieder dann nicht durchdringen, wenn er entgegen seiner Pflicht, die Unternehmensinteressen zu wahren, zu einseitig die Interessen der Arbeitnehmerschaft betonen wollte. Es ist also auch hier der Bereich des nach außen wirkenden unternehmerischen Handelns nicht durch eine paritätische Mitsprache eingeengt, die wohl im übrigen über eine bloße Konkretisierung der Eigentumsverpflichtung des Artikel 14 Abs. II Satz 1 GG hinausgehen würde.

a 3) Von der Mitsprache auf eine Mitbeteiligung der Arbeitnehmerschaft an betrieblichen Belastungen zu schliessen, ist daher nicht möglich.⁵³⁾

48) Kühlewein, NJW 1954 S. 622.

49) Ders. aaO., S. 621

50) S. Anm. 47

51) Das gilt für die Stellung des Aufsichtsrats bei den sämtlichen oben genannten Gesellschaftsformen, nachdem § 77 BVG auf die Bestimmungen des Aktiengesetzes verweist. Vgl. hierzu: Dietz, Komm. zum BVG, § 76 Anm. 7, § 77 Anm. 2, 8 und Apel, Mitbestimmung 1956 S. 39 und 40 sowie Weitzel, BetrBer 1952 S. 807.

52) Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 637 f. will hier nicht mehr von Mitbestimmung sprechen, weil es sich nicht um die Beteiligung der Arbeitnehmerschaft an der beim Arbeitgeber allein liegenden Unternehmensleitung handle; dagegen könnte man allerdings auch anführen, daß der Arbeitsdirektor die höchste Stufe der Mitbestimmung darstelle.

53) AA. zu Unrecht Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 131, der umgekehrt meint, die Mitentscheidung entsprechend dem Mitbestimmungsgesetz sei die notwendige Folge der Mitbeteiligung an wirtschaftlichen Belastungen; dabei werden Ursache und Wirkung, Risikomittragung und blosser

Eine entscheidende Umgestaltung der unternehmerischen Rechtsstellung in Bezug auf die Leitung des Betriebes ist nicht erfolgt. ⁵⁴⁾

b.) Die Mithaftung der Arbeitnehmer aus dem Betriebsgemeinschaftsbegriff.

Es wäre denkbar, in der gemeinsamen Zusammenfassung von Arbeitgeber und Arbeitnehmern in der Betriebsgemeinschaft einen Mithaftungsgrund zu sehen. Die Betriebsgemeinschaft müsste sich dann als eine Art Gefahrengemeinschaft, Risikogemeinschaft darstellen oder doch jedenfalls als Überwälzungsgrund dienen. Ob diese Möglichkeiten gegeben sind, hängt von der Deutung ab, die der Begriff der Betriebsgemeinschaft erfahren kann. ⁵⁵⁾

b 1) Der Begriff der Betriebsgemeinschaft entstammt dem Bereich des BVG. ⁵⁶⁾ Er muss also seine Deutung auch von dorthier erfahren. ⁵⁷⁾

Abwälzung zu grosser Belastungen eines Risikoträgers verwechselt. Über die grossen praktischen Schwierigkeiten der Realisierung einer derartigen Risikomittragung vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 78.

54) Es braucht daher gar nicht auf das Problem eingegangen zu werden, das in der rechtlichen Transponierung der kollektivgestalteten (vgl. Galperin, RdA 1959 S. 327; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 487 f; Krause, BetrBer 1951 S. 679; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 120, wobei hier dahingestellt bleiben mag, wer in welcher konkreten Rechtsform letztlich der Träger der Beteiligungsrechte ist) Mitbeteiligung der Arbeitnehmer an den betriebsleitenden Massnahmen des Arbeitgebers auf die Ebene des Einzelvertrages mit seinen Risikogrenzen liegt.

55) Zur Vieldeutigkeit des Gemeinschaftsbegriffes vgl. Frey, ArbuR 1959 S. 195.

56) Er wird zum ersten Mal von entscheidender Bedeutung im Urteil des RG v. 6.2.1923, RGZ Bd. 106 S. 272 ff; Zur Weiterentwicklung vgl. Galperin, RdA 1959 S. 324.

57) In Wissenschaft und höchstrichterlicher Rspr. ist heute lediglich die Erkenntnis gesichert, "dass sich an die soziale Wirklichkeit des betrieblichen Gemeinschaftsverhältnisses und an das funktionale Zusammenwirken der im Betriebe Tätigen gewisse beschränkte Rechtsfolgen knüpfen", Gester, RdA 1960 S. 410, unter Hinweis auf das BARbG v. 25.9.1957 GS 4/5/56 (E Bd. 5 S. 1 = AP Nr. 4 zu § 898, 899 RVO = AR-Bl., Haftung des AN, Entsch. 8 = BetrBer 1957 S. 1000) und auf weitere Literatur; vgl. auch Gester, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung, S. 68, 69 Fussn. 214 - 219 und S. 121; gegen eine rechtliche Fixierbarkeit des Begriffes überhaupt: Thomanek, Diss., S. 81.

b 1 a) Eine gesetzliche Definition ist nicht gegeben, noch findet sich im Gesetz überhaupt der Ausdruck Betriebsgemeinschaft wieder. Trotzdem geht das BVG von der Vorstellung einer derartigen Gemeinschaft aus. Das Wesen der Betriebsgemeinschaft muss also in der Zielsetzung des BVG gründen oder doch von daher geformt sein.

Dieses Gesetz, das nach intensiven Erörterungen und heftigen Auseinandersetzungen im Jahre 1952 erlassen wurde, knüpft an das alte Betriebsrätegesetz von 1920 an. Es stellt keine blosse Restauration des Betriebsrätegesetzes dar, sondern gestaltet das Betriebsverfassungsrecht - bedingt durch den Zeitablauf und die noch immer im Fluss befindlichen allgemeinen sozialpolitischen Bestrebungen - in wesentlichen Fragen neu. So wurden den betrieblichen Gegenspielern des Arbeitgebers wesentlich erweiterte Aufgabenbereiche zur Mitwirkung vor allem im wirtschaftlichen Bereich zugewiesen. Zweck des BVG ist es, den sozialpolitischen Forderungen Rechnung tragend, dem Faktor Arbeit gegenüber dem im Betrieb und Unternehmen sich verkörpernden Kapital das nötige Gleichgewicht zu sichern⁵⁸⁾, den Arbeitnehmern durch Beteiligung an der Gestaltung der Ordnung im Betriebe das Mittel an die Hand zu geben, sich gegenüber dem Arbeitgeber und einer evtl. zu einseitigen Berücksichtigung bloss seiner Interessen durchsetzen zu können. Aber "schon durch die Benennung des Gesetzes (wird) zum Ausdruck gebracht, dass es dem Gesetzgeber nicht allein darum zu tun war, den Arbeitnehmern eine Position gegenüber dem Arbeitgeber einzuräumen, die nach Lage der Sache immer nur eine Gegenposition sein könnte, sondern beide Träger des betrieblichen Geschehens, den Arbeitgeber wie die Gesamtheit der Arbeitnehmer, zu einer Gemeinschaft zusammen zu fassen, die eine einheitliche Aufgabe hat. Dieser Gemeinschaft soll durch das Gesetz die Verfassung gegeben werden"⁵⁹⁾. Beide, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sollen also zu einer Einheit zusammengefasst⁶⁰⁾, jeder an seinem Platze, durch gemeinsames Zusammenwirken das wirtschaftliche

58) Meissinger, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 1.

59) Dietz, Komm. zum BVG, § 1 Vorbem. 1.

60) Kistler, Die Betriebsgemeinschaft, S. 47 hebt besonders die darin

Geschehen gestalten.⁶¹⁾ "Die früher vom Reichsgericht aufgestellte und dann vom Reichsarbeitsgericht übernommene und bis 1932 verwendete Begriffsbestimmung' "Betrieb ist ein lebender Organismus, innerhalb dessen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer Produktionsgemeinschaft zusammengeschlossen sind und in gemeinsamer Tätigkeit demselben Ziel, der Erreichung eines möglichst hohen Standes und möglichstster Wirtschaftlichkeit der Betriebsleistungen zustreben", umschreibt (in Wahrheit) die Betriebsgemeinschaft (und) nicht den Betrieb"⁶²⁾. Die von Galperin⁶³⁾ gebrachte Formulierung des Begriffs der Betriebsgemeinschaft lautet: "Die Betriebsgemeinschaft ist der Zusammenschluss des Arbeitgebers mit der Arbeitnehmerschaft in der Form einer sozialrechtlichen Produktions- oder Schaffungsgemeinschaft.⁶⁴⁾

zum Ausdruck kommende Betonung der Personenwürde hervor.

61) Der Arbeitgeber wird dabei in einer Doppelstellung angesprochen: Sowohl als Partner des Einzelarbeitsverhältnisses, als Arbeitgeber (zu eng wohl Dietz, aaO. § 1 Anm. 28), wie auch - und zwar vornehmlich - als Unternehmer, dessen Aufgabe die Organisation und die Bestimmung des Einsatzes der sächlichen und personellen Betriebsmittel, die Festlegung des Produktionsgeschehens, kurz die Leitung und Steuerung der im Betriebe arbeitenden Kräfte ist. Diese Bereiche greifen naturgemäß ineinander über und setzen dem zufolge einen einheitlichen Willensträger voraus, sind aber doch als Funktionskreis des Arbeitgebers und als wirtschaftliche Unternehmensdirektion unterscheidbar. War es oben, S. 10 ff, noch nicht notwendig auf diese Fragen einzugehen, weil der Unternehmer und der Arbeitgeber eine Person mit verschiedenen Funktionsbereichen ist, so ergab sich doch jedenfalls hier die Notwendigkeit zur unterscheidenden Prüfung, weil Betrieb und Unternehmen sich nicht notwendig deckende Begriffe sind. Das Unternehmen stellt die wirtschaftliche Einheit dar, in der etwas unternommen wird, der Betrieb hingegen die arbeitstechnische Einheit, vgl. Dietz, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 32, 34; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 156, auch Gester, RdA 1960, S. 409; BarBG v. 3.12.1954; 1 ABR 7/54 E Bd. 1 S. 175 (178) = AP Nr. 1 zu § 88 BVG = RdA 1955 S. 79. Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen fallen aber auch hier nicht auseinander: Dietz, aaO., § 1 Anm. 28, § 74 Anm. 23; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 46 Anm. 4, 6; Kretschmar, BetrBer 1953 S. 210; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 151. Es kann darum auch weiterhin vom Arbeitgeber oder vom Unternehmer gesprochen werden.

62) "In der Entscheidung ARS 30/323 (88/37) schloß sich (dann) das Reichsarbeitsgericht der herrschenden Ansicht an": Dietz, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 38.

63) RdA 1959 S. 324.

64) Vgl. auch Gester, RdA 1960 S. 409.

b 1 b) Der Arbeitgeber und die Gesamtheit der Arbeitnehmer repräsentieren also die Betriebsgemeinschaft⁶⁵⁾; Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft sind einander partnerschaftlich verbunden. Insofern könnte also der Begriff der Betriebsgemeinschaft eine Mithaftung der Arbeitnehmer tragen. Fraglich ist aber, ob derartige Rechtsfolgen an ihn geknüpft werden dürfen.

b 2) Der Begriff der Betriebsgemeinschaft, der seinem Wesen nach dem Kollektivrecht zuzuordnen ist⁶⁶⁾, kann nicht zur Umgestaltung der Risikosphäre des Einzelvertrages heranzuziehen sein. Er ist - auf seine Rechtswirkungen bezogen - der Rahmen, innerhalb dessen die Kollektivrechte wahrzunehmen sind⁶⁷⁾, die ihrerseits wieder auf die Einzelbeziehung Arbeitgeber - Arbeitnehmer einwirken. Das einzelne Kollektivrecht ist das Mittel zur Überwindung der allzu liberal gedachten §§ 611 ff BGB. Der Rechtsbegriff der Betriebsgemeinschaft vermag daher nur mittelbar auf das Arbeitsverhältnis einzuwirken.⁶⁸⁾ Der so tendierte Begriff der Betriebsgemeinschaft ist also tatsächlich mehr als ein blosses Zusammenfinden von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft.⁶⁹⁾ Aus ihm heraus erhalten erst die dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmerschaft gewährten betriebsverfassungsrechtlichen Rechte ihren

65) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 151.

66) So auch Kistler, Die Betriebsgemeinschaft, S. 25, wenn er das Mitspracherecht als Charakteristikum herausstellt.

67) Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 182 spricht also zu farblos von einem Begriff, der nur rechtliche Akzente aufweise; wie hier: Dietz, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 6; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 3; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 5; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 814; BARbG v. 2.11.1955 - 1 ABR 30/54 E Bd. 2 S. 175 = AP Nr. 1 zu § 23 BVG = BetrBer 1956 S. 77 = RdA 1956 S. 78; aA. Erdmann, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 1.

68) Zu Recht erklärt daher Isele, RdA 1962 S. 374, daß auch die Bestimmung des § 49 BVG nur reflexartige Wirkung auf den Individualrechtsbereich habe. - Den Begriff der Betriebsgemeinschaft selbst aus dem Bereich kollektiver Rechtsbindungen, aus dem Spannungsfeld der Massierung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, auf die Ebene des Einzelvertrages zu verlagern, widerspräche seinem Wesen.

69) BARbG v. 25.9.1957 GS 4/5/56 E Bd. 5 S. 1 = AR-Bl., Haftung des AN., Entsch. 8 = BetrBer 1957 S. 1000.

nicht ausschließlich gegeneinander, sondern auf ein Gemeinsames ausgerichtetes Inhalt, ⁷⁰⁾

Die hier gefundene Bestimmung der rechtlichen Bedeutung des Begriffes findet in § 49 BVG ihre Bestätigung. Diese Norm kann nicht nur als Friedensregel aufgefaßt werden. Sie enthält den weit darüber hinausgreifenden zwingenden ⁷¹⁾, unmittelbar ⁷²⁾ geltenden Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Dieser ist insbesondere am Gemeinwohl und den geltenden Tarifverträgen ausgerichtet und hat das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes in seiner Gesamtheit zum Ziele. Hier wird die Gemeinschaftlichkeit des Strebens von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft in ganz besonderem Masse angesprochen ⁷³⁾. Partnerschaft in der Zusammenarbeit zum Wohle des Ganzen heißt sowohl auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite egoistische Interessendurchsetzung aufgeben und der Förderung des Betriebes unterordnen ⁷⁴⁾. Trotzdem folgt daraus nicht notwendig eine Partnerschaft zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer hinsichtlich der Verlusttragung, da diese Zusammenarbeit für eine andere Ebene gesetzlich begründet wurde. Die Zusammenarbeit auf der Ebene des Einzelvertrages, auf der sich der (vermögenswerte) Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abwickelt, unterliegt der besonderen und für Vertragsbeziehungen geschaffenen Regel des § 242 BGB. Der Leistungsaustausch und demgemäss auch die Veränderungen in diesem Bereich müssen einheitlich von dieser Seite her gestaltet sein ⁷⁵⁾. Immerhin weist der Begriff der Betriebsgemeinschaft, wenn auch auf kollek-

70) Ähnlich Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1, S. 152; "Die Betriebsgemeinschaft ist der Boden, auf dem jene Mitwirkungsrechte erwachsen".

71) BArbG v. 2. 11. 1955 - 1 ABR 30/54 E Bd. 2 S. 175 = AP Nr. 1 zu § 23 BVG = BetrBer 1956 S. 77 = RdA 1956 S. 78; BGH v. 8. 12. 1954 BetrBer 1955 S. 129.

72) Dietz, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 6; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 5.

73) Vgl. Frey, ArbuR 1959 S. 197.

74) Dietz, Komm. zum BVG, § 49 Anm. 3.

75) Ob man von einer Interessengemeinschaft sprechen und deshalb zu einer Abwälzung kommen kann, wird unten S. 24 f noch besonders untersucht werden.

tivrechtlicher Ebene liegend, grosse Ähnlichkeit mit dem Inhalt von § 242 BGB auf. So sieht denn auch Meissinger ⁷⁶⁾ das Wesen des § 49 BVG und damit des Gemeinschaftsbegriffs des Betriebsrechts in der Übertragung des bürgerlich rechtlichen Gedankens von Treu und Glauben im Vertragsrecht in den neuen und anders gearteten Bereich der kollektivrechtlichen Machtentfaltung. Aber selbst und gerade wenn dieser Deutung gefolgt wird, erübrigt sich die dann unnötige Rückübertragung des Betriebsgemeinschaftsgedankens auf die Beziehungen der Parteien des einzelnen Arbeitsvertrages.

b 3) Der Begriff der Betriebsgemeinschaft eignet sich also nicht dazu, eine Risikomittragung der sämtlichen Arbeitskräfte eines Arbeitgebers auch nur für Ausnahmefälle zu begründen ⁷⁷⁾.

c.) Die Gefahren- und Interessengemeinschaft als Mithaftungsgrundlage.

c 1) Die Schuldner - Gläubigerbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet - wie oben ⁷⁸⁾ bereits dargelegt - grundsätzlich keine vermögens- oder wirtschaftsbezogene Risikogemeinschaft. Es läßt sich aber auch kaum eine Gefahrengemeinschaft für die Fälle des

76) Komm. zum BVG, § 1 Anm. 11.

77) Zu dem gleichen Ergebnis kommt Bulla, wenn er gegenüber der Auffassung des BARbG, eine Haftungsbeschränkung aus dem Begriff der Betriebsgemeinschaft herzuleiten, sofern es sich um Schädigungen von Betriebsangehörigen untereinander handelt, eine ablehnende Meinung vertritt (vgl. AR-Bl., Haftung des AN, Anm. zu Entsch. 8 unter VII; dafür, daß die Entsch. des BARbG ganz wesentlich auf dem Betriebsgemeinschaftsbegriff fusst: Frey, ArbuR 1959 S. 194 mit zahlreichen Nachweisen in Anm. 26); tatsächlich eignet sich der Begriff der Betriebsgemeinschaft, der hier zudem noch seines wesentlichen Gegenpols, des Arbeitgebers, ermangelt, auch zur Lösung dieses Rechtsproblems nicht. So sieht auch Müller für diesen Fall den Beschränkungsgrund in einer "Solidarität" der Arbeitnehmer untereinander und vermeidet eine Heranziehung des Begriffs der Betriebsgemeinschaft (Betr 1958 S. 714 und insbesondere 740). Ebenfalls ablehnend äussert sich Böhmer (MDR 1958 S. 400 und wiederholend S. 828). Einen ganz anderen Weg versucht Hessel, Betr 1958 S. 837 f zu gehen; er sucht eine Gemeinschaftsverbundenheit der Arbeitnehmer untereinander dadurch zu erreichen, dass er - von einer Gefahrengemeinschaft sprechend - die strenge Trennung von Individual- und Kollektivrecht angreift!

78) S. 10 ff

Betriebsrisikos zwischen den Vertragspartnern konstruieren. Die Gefahrengemeinschaft ist ein gesetzlich nicht geregelter Gemeinschaftstyp⁷⁹⁾. Voraussetzung für die Annahme einer solchen Gefahrengemeinschaft ist, dass eine engere als die normale schuldvertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Parteien⁸⁰⁾ ähnlich wie in den Gemeinschaften der Familie, den Genossenschaften oder Gesellschaften besteht⁸¹⁾.

Das wäre beim Arbeitsverhältnis, das zu den personenbezogenen Rechtsverhältnissen gehört⁸²⁾, immerhin denkbar. Da weder der Wille der Vertragsparteien insofern im Vertrag seinen Niederschlag gefunden hat - eine ausdrückliche Regelung dürfte in keinem Arbeitsvertrag enthalten sein - noch die Umstände, unter denen Arbeitsverträge geschlossen werden, auf die Begründung einer derartigen Gemeinschaft schliessen lassen, ist dieser Weg zur Mithaftung versagt⁸³⁾. Selbst wenn man insoweit anderer Ansicht sein sollte⁸⁴⁾, führt die Annahme einer Gefahrengemeinschaft nicht weiter. Man kann hier nicht feststellen, dass beide Vertragsteile durch die Risikolage gleichermassen in Gefahr kommen. Ziel der Risikoverlagerung ist nämlich, die konkretisierte Gefahr, die den Arbeitgeber dadurch belastet, dass er an seine vertraglichen Verpflichtungen zunächst und grundsätzlich gebunden ist, auf seinen Vertragspartner abzuwälzen. Übersteht der Betrieb die Gefahrensituation nicht, bricht er unter der wirtschaftlichen Gesamtbelastung zusammen, so sind es diese Auswirkungen, die auch den Arbeitnehmer um seinen Arbeitsplatz bringen. Es ist also eine unmittelbare und eine mittelbare Gefahr zu unterscheiden, die wohl miteinander - auch in zeitlicher Hinsicht - gekoppelt sind, die aber verschiedene Stossrichtungen haben. Erst die wirtschaftliche Gefahr erfasst Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleicherweise. Es fehlt also an einer ursprünglich gemeinsamen Ge-

79) Esser, Lehrbuch, S. 747.

80) Erman-Goerke, Komm. zum BGB, Anm. 3 vor § 241; Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 300.

81) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242, Anm. C 232.

82) S. o. S. 9 mit Anm. 25.

83) Der Vertragszweck selbst sagt zur Frage der Haftungsteilung erst recht nichts.

84) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 63 tendiert in dieser Richtung.

fahrensituation für die Fälle des Betriebsrisikos, da m. E. nicht beliebig viele einander bedingende Gefahren für eine Risikoteilung im Rahmen einer Gefahrengemeinschaft zusammengefasst werden können⁸⁵⁾.

c 2) Das Arbeitsverhältnis als Interessengemeinschaft aufzufassen, dürfte an dem im Vertrage begründeten und beabsichtigten Leistungsaustausch scheitern, der gerade entgegengesetzte Interessen erzeugt.

c 3) Die Betriebsgemeinschaft könnte man zwar als Interessengemeinschaft ansehen⁸⁶⁾, da in ihr - wie oben gezeigt - unter Ausgleichung der gegenseitigen (divergierenden) Interessen der Betrieb in den Vordergrund gerückt wird, sofern nicht schon diese Interessengemeinschaft in irgend einer Form in den Einzelvertrag selbst mit hineingezogen sein muss⁸⁷⁾. Dieses gemeinsame Betriebsinteresse⁸⁸⁾ wird auch durch die Gefahrenlage einheitlich für alle Beteiligten getroffen und geschädigt. Die Zusammenfassung von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft in der Betriebsgemeinschaft stellt aber keine (primär) auf vermögensrechtliche Fragen ausgerichtete Interessengemeinschaft dar⁸⁹⁾, sondern ist Gestaltungsbasis für die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft. Daher kann man trotz der Interesseneinheit⁹⁰⁾ hier zu keiner Mithaf-

85) Hier dürfte also eher von einer Schicksalsgemeinschaft zu sprechen sein; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 239/240 begrenzt allerdings die Schicksalsgemeinschaft auf allgemeine Wirtschaftskrisen. - Eine Risikogemeinschaft bezüglich des unternehmerischen Wirtschaftsrisikos ist nicht anzunehmen. Dieses Risiko liegt allein beim Arbeitgeber: s. o. S. 10 f, 12.

86) Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 63 b; Frey, ArbUR 1959 S. 197 spricht von einer Identität beschränkter Interessen.

87) So Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 300; aA, offenbar Staudinger-Weber aaO., Anm. C. 231, 232, 234 nach dem auch die tatsächlichen Umstände allein ausreichende Grundlage sein können.

88) dem die einander nicht vergleichbaren Rechte der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers, so Galperin, RdA 1949 S. 11, keineswegs entgegen stehen.

89) Die Betriebsgemeinschaft ist keine Vermögensgemeinschaft: Frey, ArbUR 1959 S. 197; Hueck, ZAKDR 1935 S. 923; Thomanek, Diss., S. 80. S. auch unten S. 25 Anm. 93.

90) AA. Radke, ArbUR 1957 S. 130 Anm. 7, der das Wohl des Betriebes einseitig allein mit dem des Arbeitgebers gleichsetzen will; ablehnend auch Thomanek, aaO., S. 81, 85.

tung der Arbeitnehmerschaft aus dem Prinzip der Interessengemeinschaft ⁹¹⁾ kommen.

c 4) Schliesslich mag ein letzter praktischer Grund gegen die Haftungs-
beteiligung in den Formen der Gefahren- bzw. Interessengemeinschaft
angeführt sein. Bei derartigen Haftungsgemeinschaften muss sicherge-
stellt sein, dass das gemeinsame Opfer der Beteiligten auch tatsächlich
allen erhalten wird und zu Gute kommt ⁹²⁾. Wie das hier zu verwirkli-
chen sein sollte, ist mehr als zweifelhaft. Im Falle einer echten Ver-
mögensgemeinschaft ist dieses Ziel ohne weiteres durch Belastung der
gemeinsamen Werte zu erreichen. Aber die Arbeitnehmer stehen nicht,
auch nicht in ihrer Gesamtheit im Rahmen der Betriebsgemeinschaft,
in Vermögensgemeinschaft mit dem Arbeitgeber ⁹³⁾. Das Kündigungs-
schutzgesetz bietet nicht den nötigen Schutz vor einem Opferentzug. Auch
über § 242 BGB lässt sich das Opfer der Arbeitnehmer nicht sicher
schützen ⁹⁴⁾. Vor allem ist eine Fortführung des Betriebes durch den
Arbeitgeber nicht sicher zu stellen ⁹⁵⁾. Auch deshalb kann also der Ar-
beitnehmer über eine Gefahren- bzw. Interessengemeinschaft nicht am
Risiko beteiligt werden.

5. Höhere Gewalt als Risikoschranke.

Fraglich erscheint, ob nicht Einflüsse, die von solchen Ereignissen
herrühren, die unter den Begriff "höhere Gewalt" fallen, aus der Risi-
kosphäre des Arbeitgebers herauszunehmen sind. Die Folge wäre dann,

91) Zu diesem Prinzip vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242
Anm. C 231 und 259 ff.

92) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 134.

93) H. M.: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 84 Anm. 20; Neumann-
Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 182; Nikisch, Lehrbuch, Bd.
1 S. 151, 250 f; von der älteren Literatur: Sinzheimer, Grundzüge, S.
167 f; weitere Nachweise s. o. S. 24 Anm. 89.

94) Das Unterbinden einer Kündigung wäre einmal sicherlich nicht stets
im Betriebsinteresse, zum anderen: wie lange sollte etwa nicht gekün-
digt werden können? Wie könnte auch nur eine Änderungskündigung ver-
hindert werden? Hier würde sich die fehlende Parität der Arbeitnehmer
- "Vertreter" im Unternehmensorgan besonders schädlich auswirken.

95) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 135 ff.

dass er für Schwierigkeiten dieser Art im Rahmen der arbeitsvertraglichen Beziehungen nicht einzustehen hätte, der Arbeitnehmer also mit den Folgen belastet wäre.

Oben ⁹⁶⁾ ist als Ergebnis festgehalten worden, dass der Arbeitgeber grundsätzlich mit dem Betriebsrisiko belastet ist und dass der Risikobereich entsprechend dem praktischen Einwirkungskreis umgrenzt ist. Voraussetzung dieser Feststellungen war lediglich die Tatsache des Tätigwerdennkönnens, nicht des notwendig erfolgreichen Handelns im Risikobereich. Dieses Problem stellt sich für die Schuldbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erst bei der Frage nach der Bedeutung höherer Gewalt.

a.) Den Begriff der höheren Gewalt hat Rechtsprechung und Rechtslehre im Zuge der Rechtsfortentwicklung zu definieren gesucht.

Jorns ⁹⁷⁾ meint, dass nicht abwendbare Betriebsstörungen, deren schädliche Folgen auch nicht durch finanzielle Massnahmen verhindert oder beseitigt werden können, regelmässig Fälle der höheren Gewalt seien. Eine ähnliche Definition bringt Besselmann ⁹⁸⁾. Er stellt darauf ab, ob die "Ereignisse, die weder mit einem Unternehmen generell verbunden noch einem bestimmten Unternehmen adäquat sind, für den Arbeitgeber durch irgend zumutbare Massnahmen ... vermieden werden können". Soergel - Erdsiek ⁹⁹⁾ definiert: "höhere Gewalt ist der unwiderstehliche Eingriff aussergewöhnlicher Betätigungen der Natur-, Staats- und widerrechtlichen Menschengewalt ... sie liegt nur vor, wenn das Ereignis selbst bei Innehaltung der gebotenen Sicherungsvorkehrungen als aussergewöhnliches sich darstellt". Nach Enneccerus - Nipperdey ¹⁰⁰⁾ ist die höhere Gewalt, da wo sie eine Ausnahme von einer Schadenshaftung begründet, "ein erkennbares, unvorhersehbares, nicht aus dem in Frage stehenden Betrieb entstehendes (sondern in diesem

96) S. 12 f

97) Das Betriebsrisiko, S. 138 f.

98) Diss., S. 40.

99) Komm. zum BGB, 8. Auflage, § 701 Anm. 5 b.

100) Lehrbuch, AT Bd. 2 S. 1351.

Sinne von aussen kommendes) Ereignis, dessen schädigende Wirkung durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmassregeln nicht vermieden werden konnte". Trotz Voraussiehbarkeit könne aber höhere Gewalt angenommen werden, wenn jemand den Einflüssen, die nicht aus seiner Sphäre kämen, ohnmächtig gegenüberstehe¹⁰¹⁾. Das Reichsgericht¹⁰²⁾ erklärt, unter höherer Gewalt sei " ein von aussen auf den Betrieb einwirkendes, aussergewöhnliches Ereignis zu verstehen, das unvorhersehbar, auch bei Anwendung äusserster Sorgfalt ohne Gefährdung des ganzen Betriebes und des wirtschaftlichen Erfolges des Unternehmens nicht abzuwenden, auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Rechnung zu ziehen und mit in Kauf zu nehmen sei"¹⁰³⁾.

b.) Folgende Voraussetzungen der höheren Gewalt werden festzuhalten sein¹⁰⁴⁾: in erster Linie die Nichtabwendbarkeit der störenden Ereignisse und ihrer Folgen; in zweiter Linie die Tatsache, dass die Ereignisse von aussen auf den Betrieb zuzukommen haben¹⁰⁵⁾. Danach decken sich also die Betriebsrisikofälle und die Fälle der höheren Gewalt nicht vollständig; letztere erfassen nur einen Ausschnitt aus dem Kreis der Ausgangsfälle. Immerhin muss auch insoweit der Einfluss der höheren Gewalt auf die Stellung des Arbeitgebers geprüft werden.

c.) Störungen durch höhere Gewalt lassen Vertragspflichten nicht unberührt. Nur da, wo das Gesetz es ausdrücklich anordnen würde, müsste im Rahmen eines Vertrages auch für höhere Gewalt gehaftet werden. So wird selbst bei der Zufallshaftung, der Haftung für von keiner Vertragspartei verschuldete, abwendbare Störungen, ein Entstehen für höhe-

101) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch, AT Bd. 2 S. 1351 Anm. 4 unter Hinweis auf BGH v. 16.2.1951 in NJW 1951 S. 357.

102) v. 13.12.1920 in RGZ Bd. 101 S. 94 (95).

103) Weitere Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey, aaO., S. 1350 f Fussn. 1 u. 5.

104) Auf den Theorienstreit zwischen der objektiven und subjektiven Theorie der höheren Gewalt braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

105) Hängen die Störungen mit dem Betrieb selbst zusammen, sind sie zumeist wohl auch in der Art des Betriebes begründet und müssen darum vom Unternehmer - Arbeitgeber einkalkuliert werden; hier wird der Begriff der höheren Gewalt nur selten anwendbar sein.

re Gewalt ausgeschlossen^{106) 107)}. Bei der Bereitstellung arbeitstechnischer Mittel handelt es sich jedoch um keine vertragliche (Mitwirkungs-) Pflicht des Arbeitgebers¹⁰⁸⁾, sondern eher um eine Obliegenheit, die dem Vertragszweck gemäss zu erfüllen ist. Daraus könnte man folgern, dass der Arbeitgeber stets auch bei Störungen in diesem Bereich, die auf höherer Gewalt beruhen, einzustehen habe. Der gegenteilige Schluss liegt indes näher. Wenn nämlich schon bei Vertragspflichten höhere Gewalt enthaftend wirkt, müsste das erst recht dort der Fall sein, wo nicht einmal eine echte Pflicht betroffen ist. Es dürfte aber eine unüberwindliche Schwierigkeit darstellen, dass die Folgen der Störungen im Vertragsbereich nicht unmittelbar durch die höhere Gewalt hervorgerufen werden. Die Folgen, derentwegen eine Umgestaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten in Frage kommen könnte, liegen allein auf wirtschaftlichem, die unmittelbaren Wirkungen der höheren Gewalt dagegen auf tatsächlichem Gebiet. Eine adäquate Bindung zwischen beiden herzustellen, dürfte zu weit gehen. Es erweist sich damit, dass durchaus die Möglichkeit besteht, höhere Gewalt als Ursache der Betriebsrisikolage anzusehen; mit rechtlichen Auswirkungen auf den Vertrag kann diese Ursache dagegen nicht verknüpft sein¹⁰⁹⁾. Was hier für die höhere Gewalt gesagt ist, gilt dann gleichermassen auch für die "zufälligen" Störungen¹¹⁰⁾.

106) Vgl. § 701 I BGB, § 454 HGB, § 1 Haftpflichtgesetz, § 11 Postgesetz.

107) Das erkennt auch Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 139 ganz richtig, wenn er das Entstehen für höhere Gewalt zur Gefährdungshaftung hinüberziehen will. Damit wird der Begriff freilich nicht für den Vertragsbereich, insbesondere für den Arbeitsvertrag unerheblich bzw. unanwendbar, wie Jorns dann grundsätzlich weiter folgert.

108) AA. die alte Lehre vom Annahmeverzug, vgl. o. S. 7.

109) Im Ergebnis übereinstimmend Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 139; auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 61. - Im übrigen führt die höhere Gewalt auch nur zu einer Haftungseinschränkung und nicht etwa zu Leistungserhöhungen, wie sie in Betriebsrisikofällen durchaus notwendig werden können; auch darum eignet sie sich nicht als Rechtsgrund für eine umfassende und einheitliche Lösung dieser Fälle.

110) Zum Begriff des Zufalls vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch, AT Bd. 2 S. 1349 mit Anm. 17; Esser, Lehrbuch, S. 223; Lehmann, AT des BGB, S. 331.

d.) Der Arbeitgeber ist also stets mit der Betriebsgefahr belastet, gleich ob die Betriebsrisikofälle sich als Fälle höherer Gewalt oder nur als Zufall darstellen ¹¹¹⁾.

6. Die Unzumutbarkeit als Rechtsgrundlage der Risikoabwälzung.

Die Begriffe Unzumutbarkeit und Zumutbarkeit finden - ohne gesetzlich festgelegt zu sein - in Gesetzgebung und Rechtsprechung immer stärkeren Eingang ¹¹²⁾. Die Nichtzumutbarkeit zieht die Grenze für Pflichten; die Zumutbarkeit hält sich noch innerhalb dieses so abgesteckten Rahmens, vornehmlich auf die persönlichen Umstände abstellend. Die Brücke zur Einführung dieses zueinander in Wechselbeziehungen stehenden Begriffspaares in das Rechtssystem dürfte § 242 BGB sein ¹¹³⁾.

a.) Überschreitet eine Pflichtgebundenheit das Mass des Zumutbaren, so muss eine Lasten- (Risiko-) verlagerung einsetzen. Auf Dritte, Vertragsunbeteiligte, etwa den Staat, zurückzugreifen, stellt eine Möglichkeit dar, die allerdings ausscheiden muss, da staatliche Hilfe bei Vertragsstörungen grundsätzlich erst an zweiter Stelle erwartet werden kann ¹¹⁴⁾. Zunächst und an erster Stelle muss versucht werden, einen Ausgleich im Rahmen der Gläubiger - Schuldnerbindung selbst zu finden. Das bedeutet, dass jede Unzumutbarkeit von Rechtsbindungen nicht nur einseitig auf den Schuldner abgestellt sein kann, sondern dass die Festlegung

111) Staudinger-Weber, aaO., Anm. C 1.

112) Vgl. § 556 a BGB, § 906 II 1 BGB; weitere Nachweise bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 1; Nachweise aus der zahlreichen Rechtsprechung: ders., aaO., Anm. B 463.

113) Die Nichtzumutbarkeit wird dabei als Grenzbestimmung häufig mit § 242 selbst in Verbindung gebracht, vgl. die Hinweise bei Staudinger-Weber, aaO., Anm. B 3; es mag an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben, ob die Unzumutbarkeit tatsächlich lediglich als näher konkretisierter Unterfall von § 242 angesehen werden kann.

114) Das zeigt die Entwicklung der Vertragshilfegesetze; s. hierzu die Zusammenstellung bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. G 5 ff.

dieser Pflichtengrenze auch und gerade gläubigerbezogen sein muss¹¹⁵⁾
116). Gilt das von der Festlegung der Risikogrenze, so erst recht von
den Veränderungen als Folge der Risikoabwälzung. Überträgt man vor-
stehende Regeln auf den Arbeitsvertrag, so heisst das: Der Arbeitgeber
hat alle Risiken technischer Art zu tragen¹¹⁷⁾. Es stellt dies gleichsam
sein Berufsrisiko dar. Dieses kann ihn aber nicht über die Opfergrenze
belasten. Jede Einschränkung seines Berufsrisikos erfolgt jedoch unter
Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers.

b.) Das technische Vermögen des Arbeitgebers ist nicht etwa einer der
zur Geschäftsgrundlage der Arbeitsverträge gehörenden Umstände¹¹⁸⁾.

115) Mit ganz besonderer Klarheit bringt Herschel, Beschränkung, S.
59 diesen Gedanken zum Ausdruck, wenn er - von relativer Unzumutbar-
keit sprechend - hinsichtlich der überobligationsmässigen Schwierigkeit
erklärt: sie "beinhaltet meist nichts, was schlechthin unzumutbar wäre;
regelmässig ist sie nur deshalb unzumutbar, weil sie den einen Teil
mehr belastet, als es dem Sinn und Zweck des von ihm mitgetätigten
Vertrages entspricht: relative Unzumutbarkeit; denn diese Unzumutbar-
keit besteht lediglich auf Grund der besonderen Rechtsgestaltung der
Beteiligten" (und ähnlich weiter auf S. 60 aaO. sowie Die BetrVerf.
1957 S. 181). Ebenso erkennt auch Molitor, Die Kündigung, S. 265 mit
Anm. 18a unter Hinweis auf das RArbG, dass die Unzumutbarkeit vom
jeweiligen Vertrag her beeinflusst und damit eine relative sein kann.
Das Problem ist immer nur, wie die Unzumutbarkeit bei fehlender aus-
drücklicher - gesetzlicher oder vertraglicher - Regelung abzuleiten ist.
Das ist m. E. nur an Hand der Interessen der Vertragsparteien denkbar,
denn ihrer Verfolgung und ihrem Schutze dient der geschlossene Ver-
trag; sie müssen daher auch auf die Risikoverteilung bestimmenden Ein-
fluss haben. Die Festlegung des Inhalts der Unzumutbarkeit an Hand der
Interessen bedeutet keine Feststellung dessen, was die Parteien für den
Fall des Eintritts veränderter Umstände gewollt hätten, ist also weder
Auslegung noch Vertragsergänzung. Wenn auch die gedanklichen Opera-
tionen jenen Vorgängen ähneln, so ist doch klar herauszustellen, dass
es hier darum geht, für ein Rechtsprinzip den Ansatz zu finden, so dass
es den veränderten (wirtschaftlichen) Umständen Rechnung zu tragen
vermag.

116) Diese Doppelgesichtigkeit hat die Unzumutbarkeit mit § 242 BGB
gemein, der ebenfalls auf Gläubiger und Schuldner Anwendung findet,
hierzu Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 108 mit
weiteren Nachweisen.

117) auch wenn es sich nur um Obliegenheiten und nicht um echte Pflich-
ten handelt.

118) Dies wird von der Rechtsprechung zum Teil angenommen, so etwa
vom LArbG Kiel v. 18.12.1953, AR-BI., Arbeitsausfall II, Entsch. 31
= BetrBer 1954 S. 257 f; weitere Zitate bei Jorns, Das Betriebsrisiko,
S. 142 Anm. 94.

Risikokreis und Geschäftsgrund sind keine einander deckenden oder entsprechenden Begriffe. Einmal sind derartige Veränderungen grundsätzlich zu erwarten - schon das spricht gegen eine Einbeziehung in die Geschäftsgrundlage. Zum anderen werden aber gerade von den Arbeitsvertragsparteien, die eine auf Dauer angelegte Bindung eingehen, diese (wohl denkbaren) Änderungen und Folgen nicht in die Vorstellungen aufgenommen, die den Vertragsschluss zu begleiten pflegen. Schon garnicht betreffen diese Vorstellungen die ständige Leistungsfähigkeit, das wirtschaftliche Können des Arbeitgebers ¹¹⁹⁾. Sowohl die Erwartbarkeit von Umständen ¹²⁰⁾ wie auch das Fehlen derartiger Vorstellungen auch nur auf Seiten einer Vertragspartei ¹²¹⁾ schliessen aber die Möglichkeit aus, mit Hilfe der Lehre von der Geschäftsgrundlage die Betriebsrisikofälle zu lösen. ¹²²⁾

119) Wie hier Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. E 236.

120) aA. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 185, der gerade vorhersehbaren Veränderungen der Geschäftsumstände die Bedeutung für Vertragsänderungen abspricht.

121) die subjektiven Elemente bilden die Grundlage der Willenserklärungen und des Rechtsgeschäfts überhaupt: Staudinger-Weber, aaO., Anm. E 97, 100.

122) nicht etwa, weil der Wegfall der Geschäftsgrundlage notwendig notwendig zur Vertragslösung führen müsste, da auch eine Anpassung auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden kann: BGH v. 15.6.1951 LM Nr. 2 zu § 242 (B a) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 836. Wie hier: Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 144 sowie LArbG Hannover v. 23.9.1954 in Prakt. ArbR 1959 - KSchG § 1 I Nr. 148 = ARSt XIII Nr. 615, nach dem die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage hinter der Lehre vom Betriebsrisiko zurückzustehen habe. - Denkbar wäre aber, dass der Arbeitsvertrag zugleich eine (stillschweigende) Risikoregelung enthält. Das wird jedoch regelmässig nicht der Fall sein, Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. E 355, insbesondere C 19, denn keine der Parteien wird sich auf Dauer und für alle erdenklichen Fälle binden wollen. Liegt aber eine solche Regelung vor, müsste die Anwendung von der Lehre der Geschäftsgrundlage erst recht ausscheiden. Da Veränderungen der Geschäftsgrundlage bei einer Anpassung der Verträge an die neuen Gegebenheiten grundsätzlich nur zu einer Pflichtenbeschränkung führen, das Betriebsinteresse in den Betriebsrisikofällen gerade auch eine Pflichtenerweiterung erfordern kann, passt auch insoweit die Lehre von der Geschäftsgrundlage nicht als einheitliche Grundlage zur Lösung dieser Fälle. Selbst wenn man dieser Theorie dennoch folgt, müsste trotzdem wenigstens für die Folgenbestimmung auf den Begriff der Unzumutbarkeit zurückgegriffen werden, so Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 256.

c.) Die als Folge der Risikofälle sich einstellende wirtschaftliche Belastung des Betriebes führt auch nicht zur Anwendung der Unmöglichkeitsregeln. Der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit ist heute als Ausdruck des Prinzips der Unzumutbarkeit erkannt ¹²³⁾.

d.) Der Begriff der Unzumutbarkeit bietet also die Gewähr, die vertraglichen Beziehungen unter Berücksichtigung der Bindung an Verträge ¹²⁴⁾ in einem beiden Seiten gerecht werdenden Masse den veränderten äusseren Umständen anpassen zu können.

a.) Das Opferziel.

Ziel dieser Vertragsänderungen ist, den Betrieb zu erhalten. Der (grundsätzlichen) Aufrechterhaltung des Vertrages würde eine andere Auffassung nicht entsprechen, weil sonst der Arbeitnehmer Gefahr laufen würde, durch eine Auflösung des Betriebes und Versilberung der Betriebswerte seinen Arbeitsplatz zu verlieren, eine Lösung der Vertragsbindung also unabweisliche Folge wäre.

Die Erhaltung des Arbeitsvertrages kann aber nicht als alleinige Begründung heranzuziehen sein, da die Erhaltung des Betriebes unter Umständen gerade auch die Entlassung eines Teils der Arbeitskräfte verlangen kann. Von besonderer Bedeutung erscheint hier der Schutz, den die Rechtsordnung dem Betriebe überhaupt gewährt. Organisations- und Vertrauenswerte, die Werte der sächlichen Mittel und der Arbeiterstamm ermöglichen in ihrem Zusammenspiel die Werteschaffung durch das Unter-

123) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 145 und Fussn. 113; Neumayer, MDR 1950 S. 653. Eine Unmöglichkeit liegt nicht vor, Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 22 f, 74; ein Grund zur Gleichsetzung ist nicht gegeben, entspräche auch nicht dem gesetzlichen System, wie es in den §§ 633 II 2 und 251 II BGB u. ö. zum Ausdruck kommt. Vgl. auch BGH v. 16. 1. 1953 LM Nr. 12 zu § 242 (B b) unter Verweis auf RG-Rechtsprechung und BGH v. 15. 12. 1955, BetrBer 1956 S. 254, wo betont wird, dass Fälle wirtschaftlicher Unzumutbarkeit über § 242 BGB zu lösen seien.

124) Dem steht nicht entgegen, wenn der OGH brit. Zone v. 15. 7. 1948, NJW 1948 S. 523 f für Vertragsänderungen auf Grund von Treu und Glauben und das RG v. 8. 7. 1920, RGZ 99 S. 258 (260) die Unzumutbarkeit als Ausnahme vom Grundsatz der Vertragstreue sehen, da insoweit offenbar eine "wortgetreue" Vertragstreue gemeint ist.

nehmen. Dieses "ist es vor allem, welches den Schutz des Rechts fordert und rechtfertigt" ¹²⁵⁾. Das Unternehmen ist die Keimzelle des Wirtschaftslebens und der Faktor der Wirtschaft nicht zuletzt auch im Hinblick auf die durch das Unternehmen gebotene Arbeitsmöglichkeit. Dem entspricht der weitreichende Schutz im § 823 BGB, im Warenzeichenrecht, im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Sicherungen der Lebensfähigkeit der einzelnen Unternehmen ¹²⁶⁾. Auf diese Weise, nämlich durch diese Berücksichtigung des Unternehmensschutzes im Einzelvertrag, erfahren Gesamtheitsinteressen eine Aktualisierung im Individualbereich ¹²⁷⁾.

b.) Die Belastungs- (Risiko-) grenze.

b 1) Aus dem Opferziel ist die Belastungsgrenze abzuleiten. Hat die erstrebte Beteiligung der Arbeitnehmerschaft an der Betriebslast der Erhaltung des Betriebes zu dienen, muss sie dann einsetzen, wenn der Arbeitgeber und Unternehmer der Lage sonst nicht mehr Herr zu werden vermag. Da ihn grundsätzlich alles Risiko belastet, ist damit die Risikogrenze festgelegt, die bei der Bestandsgefährdung des Betriebes liegt ¹²⁸⁾.

125) Müller-Erzbach, JZ 1952 S. 193.

126) Vgl. auch die Darlegung von Müller-Erzbach, JZ. 1952 S. 193 ff. Dass im Rahmen des Begriffes der Unzumutbarkeit derartige Überlegungen nicht fehlgehen, liegt weniger in der umfassenden Abwägung aller Umstände begründet als in der rechtssystemgebundenen Betrachtung und Deutung der verwendeten Rechtsbegriffe.

127) eine Erscheinung, die ihren Niederschlag z. B. im AVAVG gefunden hat und deren häufige Wiederkehr im Arbeitsrecht noch festzustellen sein wird. Hebt man den Gedanken der Erhaltung der Arbeitsmöglichkeit stärker hervor, so erweist sich der Arbeitgeber zugleich als nächstbestimmter Träger dieser besonderen sozialen Aufgabe. Wird seinem Eigentum ein erhöhter Schutz zuteil, so mit unter diesem Aspekt. Das führt durchaus nicht dazu, die Opfer der einzelnen Arbeitnehmer als an den Betrieb oder gar die Arbeitnehmerkollegen erbracht anzusehen. Um dieser eben genannten Stellung des Arbeitgebers im Wirtschaftsgeschehen und um dieser besonderen Interessen der Allgemeinheit willen erfährt er, indem das Unternehmen geschützt wird, selbst einen erhöhten Schutz (das vorrangige Interesse der Allgemeinheit schützt das gleichlaufende Individualinteresse). Der Risikoausgleich bewegt sich also durchaus auf der Ebene des Einzelvertrages.

128) Ganz überwiegende Ansicht: Gros, AR-BI., Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, unter II 2 d bb; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 323; Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 146 f unter Hinweis auf Kegel (3. Beiheft zur DRZ S. 5, der aber bei Kriegsfolgen bereits erhebliche Be-

Diese Festlegung der Risikogrenze findet ihre Bestätigung in § 1 II KSchG. Dort ist bestimmt, dass grundsätzlich Entlassungen von Arbeitskräften an dringende betriebliche Notlagen gebunden sind. Werden ordentliche Kündigungen schon an derartige Voraussetzungen geknüpft, müssen an Betriebsrisikolagen, die zu ausserordentlichen Massnahmen und Rechtsgestaltungen führen, noch wesentlich erhöhte Anforderungen zu stellen sein. Erst die Bestandsgefahr als Risikogrenze anzunehmen, dürfte also auch dem Schutzrechtsgedanken des Arbeitsrechts entsprechen¹²⁹⁾. Die hier in Frage stehenden, zur Risikoabwälzung führenden Notlagen sind also dann anzunehmen, wenn der Betrieb infolge ungewöhnlicher, regelmässig unvorhergesehener¹³⁰⁾ Störungen rein tatsächlich nicht im

lastungen für ausreichend hält: JZ 1951 S. 402), S. 33 mit Anm. 87 unter Verweis auf die ältere Rechtsprechung und S. 52 und 61 unter Darlegung der neueren Judikatur; Maus-Gross-Rewolle-Thiele, Handbuch, IV RandNr. 251 knüpft an die wirtschaftliche Opfergrenze an; wie hier wohl auch Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 600; weiter auch: Schnorr v. Carolsfeld, Lehrbuch, S. 219; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 61 mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Das BARbG hat für den Fall einer Enteignung von in der DDR gelegenen Betriebsteilen erklärt, dass dieses "ungewöhnliche Ereignis" Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam belastet und hier eine Änderung der Vertragsbeziehungen nicht notwendig erst bei völligem oder nahezu annäherndem Existenzverlust des Schuldners eintreten könne. Das war jedoch nicht tragender Grund der Entsch. (v. 22.11.1956 - 2 AZR 314/54: AP Nr. 1 zu § 615 (Betriebsris.) = NJW 1957 S. 518). 129) Die Arbeitnehmer werden dadurch ihrem Betriebe in besonderem Masse verpflichtet. Ein paralleler Gedanke findet sich noch im Arbeitskampf. Auch hier hat das Gruppeninteresse hinter dem von der Rechtsordnung geschützten Betriebsbestand zurückzustehen: Oettinger, Die guten Sitten, S. 83, wie überhaupt ruinöse Forderungen von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden: RG v. 7.6.1921 RGZ 102 S. 272 (273, 275) und insbesondere RG v. 17.4.1903 RGZ Bd. 54 S. 287 f; weitere Beispiele bei Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 47 f, 69, 86; vgl. auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 49, 190 und 191. Gilt das schon für Schadensersatzansprüche bzw. für die allgemeinen schuldrechtlichen Vertragsbindungen, so muss das erst recht im Arbeitsverhältnis mit seinem besonderen Gemeinschaftscharakter gelten: ruinöse Bindungen sind jedenfalls nicht in ihrer derzeitigen Gestalt aufrechtzuerhalten.

130) Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 247 Anm. 4; Voraussehbarkeit und Enthaltung schliessen (wie Nipperdey zur höheren Gewalt richtig ausführt: vgl. o. S. 27 mit Anm. 101) einander nicht notwendig aus. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 465, 466 hält

bisherigen Umfange, in der bisherigen Art und Weise weitergeführt werden kann und das Weiterbestehen der bis dahin gültigen Verpflichtungen innerhalb kürzester Zeit zum vollständigen Zusammenbruch des Betriebes führen müsste ¹³¹⁾.

Zu diesen Notsituationen gehört die sogenannte Überholpause nicht. Darunter versteht man die für die technische Einrichtung erforderlichen und in gewissen Zeitabständen sich wiederholenden, zwangsläufigen Arbeitspausen aus Anlass der Überholung des Maschinenparks. Bei ihnen handelt es sich nicht um aussergewöhnliche noch unvorhergesehene Störungen. Ihr Eintreten liegt in der Art der Betriebseinrichtung begründet. Daher muss der Arbeitgeber derartige regelmässig eintretende Betriebsgeschehnisse einplanen und die Arbeitsverträge entsprechend gestalten ¹³²⁾

b 2) Die eigentliche Schwierigkeit liegt - wie Koenigs ¹³³⁾ richtig erkennt - in der Feststellung, wann tatsächlich der Betriebsbestand gefährdet ist. Zu weit erscheint die vom Reichsgericht gegebene Definition: " Auch wenn sich ein Unternehmen zur Not hält, kann sein Bestehen gefährdet sein, falls es nämlich einen größeren Misserfolg oder eine Absatzstokung nicht überstehen könnte " ¹³⁴⁾. Danach würde nämlich schon eine noch nicht einmal konkrete Betriebsgefährdung zum hinreichenden Ent-

grundsätzlich eine Berufung auf die Unzumutbarkeit für ausgeschlossen, wenn es sich um vorhersehbare Gefahren handelt. An dieser Einstellung ist jedenfalls dann nicht festzuhalten, wenn dem ungewissen zukünftigen Ereignis aus tatsächlichen Gründen nicht gewehrt werden kann (Ersatzbetrieb !?).

131) Deshalb knüpft die Unzumutbarkeit noch nicht notwendig stets an einen wirtschaftlichen Ruin an, vgl. Staudinger-Weber, aaO., Anm. B 128 und die einzelnen S. 463 ff Fussn. aufgeführten Ansichten, wenngleich hier beim Betriebsrisiko die Besonderheiten der Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer derartigen Bestimmung hinführen.

132) BArbG v. 21.12.1954 - 2 AZR 5/53 E Bd. 1 S. 241 = AP Nr. 2 zu § 611 (Lohnanspr.) = AR-Bl., Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entsch. 33 (zweifelnd Gros in Anm. unter 2. in Überschätzung der Schwierigkeit, die Störungen, mit denen von Anfang an zu rechnen ist, von solchen abzugrenzen, die wider Erwarten eintreten); aA. Hörnig, ArbuR 1955 S. 153.

133) Betr 1951 S. 898.

134) RG v. 30. 4. 1935 RGZ Bd. 148 S. 81 (95).

lassungsgrund werden. Das aber harmoniert nicht mit dem § 1 II KSchG, der gerade die vorausschauende Betriebsführung regelt und dazu auf den Weg ordentlicher Massnahmen verweist. Es muss auch deshalb eine ernstliche Belastung verlangt werden, weil die Rechte des Arbeitnehmers, die gegenüber denen des Arbeitgebers zurückgesetzt werden sollen, regelmässig seinen Lebensunterhalt gewährleisten. Vielfach wird der Arbeitnehmer nicht gänzlich ohne allen finanziellen Rückhalt sein, aber er wird (selbst bei der augenblicklichen Lohnhöhe) nicht allzu erheblich sein. Beschneidet man trotzdem seine Rechtsstellung, so darf das nur dann geschehen, wenn auf Seiten des Arbeitgebers echte Not eingetreten ist. Unzureichend ist daher auch die Grenzbestimmung von König, der eine Betriebsrisikolage dann annimmt, wenn der "Unternehmer nicht mehr in der Lage ist, die zur Aufrechterhaltung und Erneuerung des Betriebes notwendigen Mittel aufzubringen" ¹³⁵⁾. Andererseits kann der Begriff nicht so gefasst werden, dass schon die Vornahme einer einzelnen Lohnauszahlung den Betriebsruin bedeuten müsste ¹³⁶⁾. Ganz abgesehen davon, dass es fraglich erscheint, mit der Zurückhaltung oder Beschneidung einer einzelnen Lohnabrechnung im Betrieb die Erreichung des Opferzieles sicher zustellen, muss hier der Eigenschaft der Arbeitsverträge als Verträge auf Dauer besonderes Augenmerk geschenkt werden. Bei Verträgen auf einmalige Leistungen kann die Unzumutbarkeit sich nicht anders als in Bezug auf diese einzelne Leistung bestimmen. Beim Arbeitsvertrag dagegen kann auch die Fortdauer, die Vielzahl der Leistungen zu einem Zustand hinführen, der jenseits der den Schuldner schützenden Unzumutbarkeitsgrenze liegt. Diese Gefahr muss nur, um berücksichtigt werden zu können, übersehbar sein und nicht gänzlich im Ungewissen liegen. Interessant ist in letzterer Hinsicht eine Entscheidung des BArbG v. 8.10.1957 ¹³⁷⁾. Nach dem zu Grunde liegenden Sachverhalt war die Stilllegung eines bestimmten Bundesbahn-Betriebsteils fest geplant. Dem in einem unkündbaren Ar-

135) RdA 1948 S. 55.

136) oN., BetrBer 1947 S. 247.

137) 3 AZR 136/55 E Bd. 5 S. 20 = AP Nr. 16 zu § 626 BGB = BetrBer 1958. S. 118.

beitsverhältnis Beschäftigten wurde (befristet auf die Stilllegung) gekündigt. Das BARbG hat den Kündigungsausspruch für gerechtfertigt gehalten, obwohl die untragbare Unwirtschaftlichkeit der Weiterbeschäftigung noch nicht eingetreten war. Das Arbeitshindernis und damit auch die Schädigung waren aber bereits greifbar nahe und unabänderlich. Geht es z. B. um eine (vorübergehende) Beschneidung der Lohnforderung, soll sie gerade den sonst sicher eintretenden wirtschaftlichen Zusammenbruch rechtzeitig vorher abwenden. Die Notlage muss demnach akut sein.

b 3) Ihre Abwälzung auf die Arbeitnehmer muss für den Arbeitgeber der letzte Ausweg sein. Man wird ihr nur zustimmen können, wenn der Arbeitgeber bereits alle Kreditmöglichkeiten ausgeschöpft ¹³⁸⁾ und etwa mögliche Sparmassnahmen ergriffen hat und wenn ihm auch nicht die Möglichkeit offen steht, die Belastung über die Preise abzuwälzen, weil z. B. Preisbindungen auf längere Zeit vorliegen, der Geldbedarf aber akut ist, oder weil sein Erzeugnis sonst konkurrenzunfähig würde. Die Notlage muss also unter Berücksichtigung der gesamten Vermögenslage des Arbeitgebers festgestellt werden.

c.) Die Opferbeteiligung sonstiger Personen.

Nicht nur von den Arbeitnehmern sind Opfer zur Betriebserhaltung zu verlangen. Auch der Arbeitgeber selbst hat das Seinige dazu zu tun. ¹³⁹⁾ Aus der Tatsache, dass Risikosituationen nicht schon dann vorliegen, wenn der Gewinn ausbleibt, wird man zu folgern haben, dass über etwaige Zinseinbussen hinaus auch echte Kapitalopfer gebracht werden. ¹⁴⁰⁾ Unerheblich ist, ob die Gewinne dem Arbeitgeber selbst oder einem Kapitalgeber zufließen. Auch er hat zur Erhaltung des Betriebes beizusteuern, wie das wohl auch von den sonstigen Gläubigern, soweit es tatsächlich durchführbar ist und zu wesentlicher Linderung der

138) Das legt eine Entsch. des BARbG v. 23. 6. 1955 - 2 AZR 225/54 AP Nr. 3 zu § 242 BGB = BetrBer 1955 S. 639 f = RdA 1955 S. 320 nahe, wenn es nach den vernünftigerweise zu erschliessenden Quellen zur Deckung der Pensionslast fragt.

139) RG v. 30. 4. 1935 in RGZ 148 S. 81 (85).

140) So fordert das RG (aaO.) Kapitalopfer vom Unternehmensträger.

Betriebsnot führt, zu verlangen sein dürfte¹⁴¹⁾. Andernfalls würde eine derartige auf technische Ursachen zurückzuführende Notlage zu einer durch nichts begründeten blossen Tilgung der Schulden des Arbeitgebers mittels der Opfer seiner Arbeitskräfte führen¹⁴²⁾. Damit soll nicht gesagt sein, dass auf diese Weise etwa eine Gemeinschaft aller der Betriebsnot Steuernden begründet würde. Abwälzungen des Betriebsrisikos innerhalb der Individualbeziehungen Arbeitgeber - Arbeitnehmer sind nur erst dann zulässig, wenn der Arbeitgeber seinerseits sich um ein Arrangement mit seinen (Gross-) Gläubigern bemüht gezeigt hat. Erst dann hat er seiner vertraglichen Treue in einem Umfange genüge getan, der ihn auch zu erhöhten Anforderungen an seine Arbeitnehmer berechtigt. Folge der gegenseitigen Bedingtheit von Opferziel und Risikogrenze ist, dass die vereinten Bemühungen erfolgversprechend sein müssen^{143) 144)}.

d.) Die Betriebsrisikolage und der Konkurs.

Betriebsrisikolagen und Situationen von Betrieben, die in Konkurs geraten sind, ähneln einander insofern, als bei beiden finanzielle Nöte entscheidende Ursache für die eintretenden Folgen sind. Strebt ein von technischen Misshelligkeiten betroffener Betrieb dahin, aus der Not herauszufinden, wozu die allgemeinen Opfer verhelfen sollen, so ist das Ziel des Konkursverfahrens ein ganz anderes. Hier geht es nicht mehr um den Betrieb, um die Erhaltung seiner Wirtschaftskraft und seiner Arbeitsplätze - hier geht es vielmehr darum, die Gläubiger, sei es auch unter Zerschlagung des Betriebes zu befriedigen. Dabei wird zweierlei deut-

141) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 65. RArbG v. 26. 9. 1934 ARS Bd. 22 S. 6 (12); v. 5. 12. 1934 ARS Bd. 23 S. 163 (166).

142) BARbG v. 17. 4. 1957 - 2 AZR 411/54 E Bd. 4 S. 13 = AP Nr. 5 zu § 611 (Gratifikation) = BetrBer 1957 S. 546 = RdA 1957 S. 308; Schmidt bei Ruhegeldkürzungen in NJW 1950 S. 573 mit Nachweisen in Anm. 30.

143) König, Betr 1951 S. 898 mit weiteren Nachweisen in Anm. 17. RArbG v. 26. 9. 1934 ARS Bd. 22 S. 6 (12) (A. Hueck); v. 30. 4. 1935 ARS Bd. 25 S. 5 (18f) und v. 9. 9. 1938 ARS Bd. 34 S. 273 (280f) mit Anm. jeweils von A. Hueck.

144) Zweifel müssen stets zum Nachteil des Arbeitgebers gehen, weil sonst die Bestimmungen der Konkursordnung (insbesondere § 61) verletzt würden.

lich: die gleiche Ursache kann den Betrieb in eine Risikolage und zum Konkurs hinführen; da beider Ziele verschieden sind, schliessen sie einander dann aus, wenn tatsächlich die Betriebserhaltung hinter das Gläubigerinteresse zurückzutreten hat. Hier wären Opfer der Arbeitnehmerschaft nicht nur sinnlos, sondern auch gesetzwidrig¹⁴⁵⁾. Der Konkurs muss aber nicht notwendig zu einer uneingeschränkten Verwertung der im Betrieb gebundenen wirtschaftlichen Werte, zu einer totalen Betriebszerschlagung führen. In diesen Fällen erscheint es nicht ausgeschlossen, die Regeln für Betriebsrisikofälle (sofern deren Voraussetzungen vorliegen) anzuwenden¹⁴⁶⁾, da das Opferziel realisiert werden kann.

Die Frage ist, ob nicht auch in diesen Fällen die Konkursordnung die Grenzen festlegt, innerhalb deren die Arbeitnehmer in die Tragung des Betriebsrisikos mit einbezogen werden können. Sie dürfte zu verneinen sein. Die in der Konkursordnung gegebenen Regeln sind - wie die Existenz der Vergleichsordnung bestätigt - vornehmlich auf die gesamte Vermögensverwertung gerichtet. Für diese Fälle erweist sich der Schutz der Arbeitnehmer gegenüber den sonstigen Forderungsgläubigern als berechtigt und sinnvoll; sonst aber erfordert die Treuebindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhöhte Opfer des Arbeitnehmers wie dies auch bei den üblichen Betriebsrisikofällen erwartet werden muss. Das zufällige Zusammentreffen kann insoweit nicht zu einer Besserstellung der Arbeitnehmer führen.

Schwieriger ist das Problem zu lösen, ob sich auch die übrigen Konkursbeteiligten zu weiteren Opfern bereit zu finden haben. Der Arbeitgeber als Schuldner kann vom Konkurs noch nicht erfasstes Vermögen haben. § 1 KO begrenzt nämlich die in dem Konkurs zu verwertende Mas-

145) Vgl. die §§ 61 und 22 KO; § 22 KO gibt zwar auch ein ausserordentliches aber doch befristetes Kündigungsrecht: Molitor, AR-Bl., Kündigung VIII, I.

146) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 448 Anm. 67 und BARbG v. 17. 4. 1957 - 2 AZR 411/54 E. Bd. 4 S. 13 = AP Nr. 5 zu § 611 (Gratifikation)(mit kritischer Anm. v. A. Hueck) = BetrBer 1957 S. 546 = RdA 1957 S. 308.

se und erfasst insbesondere nachträglich angefallene Werte nicht. Opfer aus diesem (wohl nicht sehr häufig vorkommenden) Neuerwerb müssten zu verlangen sein, da auch die Arbeitnehmer zusätzlich, d.h. über den in der Konkursordnung vorgesehenen Umfang hinaus zur Betriebserhaltung beisteuern¹⁴⁷⁾. Bei den übrigen Gläubigern ist ein Verlangen erhöhter (freiwilliger) Opfer allerdings nicht gerechtfertigt. Sie erleiden u. U. bereits erhebliche finanzielle Einbussen und können nicht auch noch zu weiteren heranzuziehen sein. Wenn demgegenüber im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besondere Opfer zu verlangen sind, so rechtfertigt sich das sowohl aus der besonderen Art ihrer Beziehungen als auch aus der Tatsache, dass die Konkursordnung gerade sie gegenüber den übrigen Konkursgläubigern schon vorrangig behandelt¹⁴⁸⁾. Die hier vorgenommene Differenzierung der einzelnen Konkurslagen lässt also keinen unlösbaren Widerspruch zwischen der Opferbeteiligung der Arbeitnehmer und dem Gedanken des Schutzes der Arbeitnehmer durch Begründung eines Lohnvorrechtes in Konkurs und Zwangsversteigerung entstehen¹⁴⁹⁾.

7. Die Interessenabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit.

a.) Grund und Folge als Elemente der Unzumutbarkeit.

Aus der subjektbezogenen¹⁵⁰⁾ Zweigesichtigkeit der Unzumutbarkeit folgt, dass über die Festlegung der Risikogrenze hinaus auch die Folgen auf gleiche Weise zu bestimmen sind, denn für den Vertrag ist mit der Feststellung, dass die Unzumutbarkeitsgrenze erreicht oder überschritten ist, noch nichts erreicht. Die Folgen einer Risikoabwälzung müssen derart sein, dass der eine Partner nicht mehr als zumutbar belastet, aber auch der andere nur soweit als unbedingt notwendig und zumutbar

147) Der Hinweis darauf, dass der Arbeitgeber schon sein gesamtes sonstiges Vermögen einwerfe, kann nicht helfen, wenn man bedenkt, daß er grundsätzlich das Risiko alleine zu tragen hat.
148) Dieses Ergebnis dürfte auch den praktischen Bedürfnissen Rechnung tragen.

149) wie ihn noch König, RdA 1948 S. 56, sieht.

150) Vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242, Anm. B 145.

zur Abwälzung herangezogen wird. Wenn also auch hier bei der Folgenbestimmung eine Interessenabwägung zu fordern ist, so bedeutet das nicht, dass die Unzumutbarkeit zweimal geprüft wird, nämlich einmal zur Abwälzung überhaupt, d.h. zur Bestimmung der Unzumutbarkeitsgrenze, und ein zweites Mal zur Konkretisierung der Vertragsänderung. Die Unzumutbarkeit ist ein Gesamtkomplex, der Grund und Folge umschliesst ¹⁵¹⁾.

Grund und Folgen der Unzumutbarkeit lassen sich nun auch nicht deswegen auseinanderreissen, weil die Bestimmung der Risikogrenze vorwiegend nach dem Gesichtspunkt erfolgte, was man generell dem Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsvertrages nicht zumuten dürfe, die der Folgen, die erst durch das Handeln des Arbeitgebers konkretisiert werden, danach, was dieser bestimmte Schuldner (oder Gläubiger) diesem speziellen Vertragspartner zumuten könne. Die Interessenabwägung bei der Folgenbestimmung ist nichts anderes als die logische und notwendige Fortsetzung der Bestimmung der Risikogrenze im Sinne einer persönlichkeitsbezogenen Vertragsneugestaltung ¹⁵²⁾.

b.) Interessenabwägung bei Folgenbestimmung.

Im Rahmen der Folgenbestimmung treten die Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers grundsätzlich einander gleichwertig gegenüber ¹⁵³⁾. Gegen die Berücksichtigung von Einzelinteressen und insbe-

151) Nach den Untersuchungen von Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 117, geht die Rechtssprechungsentwicklung des BGH in den Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dahin, Grund und Folge aus der Unzumutbarkeit zu bestimmen, zeigt also eine parallele Konstruktion.

152) Diese Differenzierung in generelle Festlegung des Grundes und individuelle Folgenbestimmung findet sich auch im KSchG. Dort wird der Grund zu ordentlichen Kündigungen generell festgelegt; die Folge wird in einer Interessenabwägung auf ihre soziale Rechtfertigung geprüft (vgl. Molitor, BetrBer 1953 S. 34). Ist aber selbst bei einer ordentlichen Massnahme eine Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen angezeigt, muss das umsomehr für die ausserordentlichen gelten, die regelmässig in Betriebsrisikolagen anzuwenden sein werden.

153) Speziell geregelte Interessen auf Arbeitnehmerseite wie Betriebsratsschutz, Mutterschutz, Schwerbeschädigtenschutz oder solche, die im Wesen des geschlossenen Vertrages begründet sind (Lehrlingsschutz), haben besonderes Gewicht.

sondere von solchen des Arbeitnehmers spricht zwar, dass es eine Reihe von Vorschriften gibt, die objektiven Erfordernissen, die für eine sachgemässe Betriebsfortführung unerlässlich erscheinen, besondere Bedeutung beimessen: so die §§ 1 III 2, 13 III 2, 20 KSchG, § 74, auch § 49 I BVG, die Bestimmungen der §§ 16 und 17 I KSchG in Verbindung mit denen des AVAVG über zuzuschüssliche Zahlungen bei Kurzarbeit. Sie alle sollen eine Fortsetzung der Produktion und der Arbeit unter möglichst günstigen wirtschaftlichen Bedingungen gewährleisten. Wollte man aus ihnen eine Art Stellensicherungsprinzip im Rahmen des wirtschaftlich Möglichen herauslesen, nach dem alles objektiv zur Betriebserhaltung Erforderliche zuzulassen sei, würde man statt zu einer Interessenabwägung zu kommen, stets ein Überwiegen der Arbeitgeberinteressen anzunehmen haben, da gerade sie mit der hier angestrebten Betriebserhaltung parallel laufen. Dieses wegen seiner übersichtlichen Rechtsfolge zunächst ansprechende Ergebnis befriedigt schon deshalb nicht, weil es im Einzelfall Arbeitnehmer überaus hart treffen könnte. Der einzelne Arbeitnehmer würde seine Opfer auch nicht mehr in erster Linie dem Arbeitgeber, dem er durch seine Treuebindung verpflichtet ist, sondern der Betriebsgemeinschaft erbringen. Die Unzumutbarkeit schöpft im Arbeitsverhältnis nun einmal ihren Inhalt aus dem Treueband zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Diese Bindung richtet sich nach dem Einzelfall, was notwendig zu einer Berücksichtigung der Einzelinteressen bei der Unzumutbarkeit hinführt. Es ist also nicht gestattet, von einem Überwiegen der Arbeitgeberinteressen auszugehen.

Die hier geforderte (umfassende) Einzelabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit stimmt vornehmlich auch mit der Rechtsprechung zur Kündigung aus Unzumutbarkeit überein, nach der eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände erforderlich ist ¹⁵⁴⁾.

154) So die Entsch. des BARbG v. 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 E Bd. 2 S. 214 = AP Nr. 4 zu § 626 = BetrBer 1956 S. 44, v. 15.12.1955 - 2 AZR 2 39/54 = AP Nr. 6 zu § 626 = BA-BI. 1956 S. 638 und v. 3.11.1955 - 2 AZR 86/54 E Bd. 2 S. 207 = AP Nr. 5 zu § 626 = BetrBer 1956 S. 43. Das gleiche gilt von der Rspr. des BGH zur wirtschaftlichen Unzumut-

c.) Der Umfang der bei der Folgenbestimmung zu berücksichtigenden Einzelinteressen.

Bei der umfassenden Interessenabwägung sind wirtschaftliche und ideelle Gesichtspunkte zu berücksichtigen¹⁵⁵⁾. Larenz¹⁵⁶⁾ betont besonders, dass die zukünftige Entwicklung der Verhältnisse in die Abwägung einzubeziehen sei; im Prozess sei das zwar ausserordentlich schwer zu realisieren, da die Parteimaxime den Prozessvortrag beherrsche; immerhin biete § 139 ZPO einen Ausweg. Auch das Bundesarbeitsgericht¹⁵⁷⁾ hat hinsichtlich der Prüfung ausserordentlicher Kündigungen klar ausgesprochen, dass die zukünftige Entwicklung abzuschätzen sei. Dem ist zu folgen. Wegen des mit der Rechtsumgestaltung verfolgten Zwecks der Betriebserhaltung muss auch die zukünftige Entwicklung geprüft werden. Das gilt ebenso auf Seiten des Arbeitnehmers¹⁵⁸⁾. Die Beteiligung des Arbeitnehmers an dem arbeitgeberischen Risiko darf ihrerseits nicht die Grenze des Unzumutbaren übersteigen und hat darum dessen künftige Lage, in die er durch die Beteiligung gerät, zu berücksichtigen.

Die daraus folgenden Billigkeitslösungen unterliegen den Bedenken, die gegen eine jede derartige Entscheidung erhoben werden können. Die

barkeit, der diese Fälle durch eine Interessenabwägung (im Rahmen von § 242 BGB) zu lösen sucht: BGH v. 15.6.1951 LM Nr. 2 § 242 (Ba) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 836 u. v. 16.1.1953 LM Nr. 12 § 242 (Bb) sowie v. 15.12.1955 BetrBer 1956 S. 254.

155) So auch Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 144; Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 187 unter Aufzählung typischer Interessen; vgl. auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 161. Eine ausführliche Zusammenstellung arbeitgeberischer Interessen an der Person des Arbeitnehmers findet sich bei Völker, Wesen und Ziel, S. 22. Der BGH erklärt in einem Urteil vom 15.6.1951 LM Nr. 2 § 242 (Ba) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 836, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien ausnahmsweise dann von Bedeutung seien, wenn eine besondere persönliche Verbundenheit oder ein gesellschaftsähnliches Verhältnis vorliegen oder die geforderten Leistungen die wirtschaftliche Existenz des Schuldners gefährden würden.

156) Geschäftsgrundlage, S. 118.

157) v. 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 E Bd. 2 S. 214 = AP Nr. 4 zu § 626 = BetrBer 1956 S. 44.

158) Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 118.

Schwierigkeiten sind aber - bei aller gebotenen Vorsicht - hinzunehmen.¹⁵⁹⁾ Billigkeitslösungen sind nicht etwa deshalb abzulehnen, weil sie sich in größeren Betrieben nicht durchführen liessen, da dort die Betriebslage, wenn nicht einheitliche, so doch wenigstens gruppenweise generelle Massnahmen erfordere. Gerade diese, in gewissem Umfange etwa aus technischen oder Planungsgründen notwendige Einheitlichkeit der Massnahmen wird auch bei der Interessenabwägung mit beachtet werden können^{160) 161)}. Soweit aber erhebliche, individuelle Interessen auf Arbeitnehmerseite notwendig zu einem anderen Ergebnis hinführen, soweit darf dieses an einer bloss wünschenswerten Uniformität der Abwägungsergebnisse nicht scheitern, denn das widerspräche dem Treuegedanken¹⁶²⁾.

d.) Leitgedanken zur Abwägung.

Für die Interessenabwägung allgemeine Richtlinien zu geben, ist ein nahezu unmögliches Unterfangen. Die Vielzahl der auftauchenden Fälle und Interessenkombinationen verurteilt ein solchens Beginnen von vornherein zum Scheitern, will man sich nicht mit ganz wenigen Leitsätzen begnügen¹⁶³⁾. Vornehmlich vier Leitgedanken seien an dieser Stelle hervorgehoben:

159) Ist die Billigkeit in das Recht einbezogen, so wird sie damit zur "sicheren Richtschnur" richterlicher Entscheidungen.

160) So ist nach LArbG Düsseldorf v. 30. 6. 1959, NJW - Fundheft 1959 S. 110 Nr. 1840, das betriebliche Ordnungsinteresse für den wichtigen Grund, die Unzumutbarkeit, bei einer ausserordentlichen Kündigung beachtlich.

161) Ob die Massnahmen wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus rechtlicher Notwendigkeit heraus uniform ausfallen müssen, wird unten S. 49 ff noch geprüft.

162) Es lässt sich auch nicht argumentieren, dass eine dem Arbeitnehmer nicht zumutbare Beteiligung den Arbeitgeber doch wieder das unzumutbare Risiko tragen lasse, die Billigkeitslösung also nicht der geeignete Weg sei, Abwälzungen zu realisieren. Eine derartige Zweiseitigkeit liegt im Wesen des Begriffes der Unzumutbarkeit begründet; Abwälzungen von Risiken im Rahmen von Verträgen können nur dann zu billigen sein, wenn der ursprünglich verfolgte Vertragszweck in irgendeiner wenn auch abgewandelten Form noch erreichbar erscheint: *pacta sunt servanda!* Ist das nicht der Fall, bleibt das Risiko bei dem ursprünglichen Risikoträger. Eine Abwälzung auch in diesem Falle wäre durch nichts gerechtfertigt.

163) Über ihre Bedeutung für die Rechtsprechung vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 134.

d 1) Ideelle Interessen werden, wenn sie neben oder gegenüber materiellen Interessen zu beachten sind, grundsätzlich eine besondere Betonung erfahren müssen ¹⁶⁴⁾.

d 2) Gemeinschaftsinteressen gehen individuellen Interessen nicht grundsätzlich vor ¹⁶⁵⁾.

d 3) Das dem Arbeitnehmer zugemutete Opfer darf ihn nicht in eine Bedrängnis bringen, aus der er sich voraussichtlich nicht mehr oder doch nur unter erheblichen und langwierigen Anstrengungen herauszuarbeiten vermag ¹⁶⁶⁾.

d 4) Eine kurzfristige Belastung des Arbeitnehmers ist auch ohne Rücksicht auf die Sicherung seines Existenzminimums ¹⁶⁷⁾, orientiert etwa an den Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 ff ZPO, möglich, denn ihm verbleibt - sofern er seinen Arbeitsplatz verliert - seine Arbeitskraft; soweit er im Betrieb weiter arbeitet, nimmt er auch wieder an seiner Aufwärtsentwicklung teil. Langfristige Belastungen sind dagegen nicht zu billigen. Der Arbeitnehmer verfügt auch heute nicht über derartige Reserven, die eine solche Belastung zumutbar erscheinen lassen; verbleibt er im Betrieb, so ist ihm zwischenzeitlich eine anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft regelmässig verwehrt. Langfristige Krisen lassen schliesslich auch auf das Fehlen der Möglichkeit einer Krisenüberwindung schliessen. Eine langfristige Belastung würde im übrigen auch deshalb nicht sicher zu realisieren sein, weil der Arbeitnehmer sich ihr

164) Maunz-Dürig, Komm. zum GG, Art. 2 Abs. 1 Fussn. 1 zu Rand-Nr. 13 unter Hinweis auf das BVerfG v. 15.1.1958 E Bd. 7 S. 198 = JZ 1958 S. 119 = NJW 1958 S. 257; es komme aber stets auf den Einzelfall an.

165) BVerfG v. 17.7.1961 - 1 B v L 44/55 in NJW 1961 S. 2011 (2012); vgl. auch Staudinger-Weber, aaO., Anm. B 165, der dort einzelne Fälle überwiegender öffentlicher Interessen nachweist.

166) BArbG v. 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 E. Bd. 5 S. 20 = AP Nr. 16 zu § 626 = BetrBer 1958 S. 118. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 170 weist auf die Unzumutbarkeit als die Belastungsgrenze auch beim Gläubiger hin.

167) LArbG Hamburg vom 16.8.1951 in AP 1952 Nr. 157 (allerdings ohne zeitliche Einschränkung) für Pensionäre, ebenso Larenz in Anm. hierzu.

durch ordentliche Kündigung entziehen könnte. Er hat zwar kein ausser-
ordentliches Kündigungsrecht - für ihn ist die Belastung zumutbar ¹⁶⁸⁾ -,
aber das Recht zur ordentlichen Kündigung kann ihm nicht genommen
werden. Andernfalls könnte er in guten Zeiten abwandern, in ungünstigen
dagegen wäre er schlechthin an den Betrieb gebunden, - ein widersin-
niges Ergebnis.

8. Die Unzumutbarkeit als Recht zur Vertragsgestaltung (die Ablehnung einer Mittragungspflicht der Arbeitnehmer).

Daraus, dass der Arbeitnehmer in Risikolagen kein Recht zur ausser-
ordentlichen Kündigung hat, lässt sich noch nicht der Schluss ziehen,
dass er auch "verpflichtet" sei, derartige Betriebsbelastungen mit dem
Arbeitgeber zu tragen ¹⁶⁹⁾. Schon aus praktischen Gründen dürfte eine
solche Pflicht abzulehnen sein. Wie sollte auch eine derartige Pflicht
mit Aktivklagen zu verfolgen sein, wenn es sich darum handelt, eine
Leistungsverminderung hinzunehmen? Die Unzumutbarkeit ist ein un-
bestimmter Rechtsbegriff (und als solcher wertausfüllungsbedürftig).
Denkbar wäre, dass er ähnlich wie Treu und Glauben, wie § 242 BGB,
die Rechtslage unmittelbar gestaltet, oder dass er der bevorteiligten
Partei bestimmte Rechte einräumt, die zu einer neuen Rechtslage hin-
führen. Sieht man die Unzumutbarkeit als Unterfall des § 242 an ¹⁷⁰⁾, liegt

168) Die Bestimmungen der §§ 124 I Ziff. 4, 133 d Ziff. 2 GewO, § 71
Ziff. 2 HGB greifen nicht ein. Sie setzen eine tatsächliche Verhinderung
des Arbeitgebers voraus. Hier aber hat der Arbeitgeber ein Recht, sei-
ne Leistungen zu kürzen. Ausserdem würde der Arbeitnehmer den Ar-
beitgeber in seiner ohnehin schon schwierigen Lage besonders schwer
schädigen; in diesen Fällen kann eine ausserordentliche Kündigung nicht
gewährt sein - eine Steigerung der allgemeinen Wohlverhaltenspflicht
(zu dieser vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 238).

169) Eine solche Pflicht zur Mittragung klingt an bei A. Hueck in Anm.
zu AP Nr. 5 § 611 (Gratifikation) und in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch,
Bd. 1 S. 403 Anm. 51 aE.

170) So Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 30, der in den
Lehren vom Wegfall oder der Änderung der Geschäftsgrundlage, der
Verwirkung, der wirtschaftlichen Unmöglichkeit Ausprägungen der all-
gemeinen Unzumutbarkeit erkennt, die dem Grundgedanken von § 242,
dem Gebot der Rücksichtnahme, Ausdruck zu geben vermag. Zu eng
möchte er aber aus der Unzumutbarkeit nur Rechtsbeschränkungen ab-

es nahe mit der Rechtsschrankentheorie, der immanenten Begrenzung von Rechten aus § 242 ¹⁷¹⁾, auch hier eine unmittelbare Rechtsgestaltung anzunehmen. Nun ist aber Wesensmerkmal der Unzumutbarkeit eine starke Subjektbezogenheit. Sie gestattet dem Bevorteiligten, sich seinerseits auf den Standpunkt zu stellen, dass das ihm Angesehene für ihn eben noch nicht unzumutbar sei; er kann also durchaus an der Erfüllung des Vertrages festhalten ¹⁷²⁾. Die Frage ist nun, ob sich ein solcher Verzicht auf eine Rechtsposition rechtskonstruktiv in eine erneute Rechts- (rück-)gestaltung umsetzen lässt. Das scheint ungezwungen nicht recht

leiten (aaO. Anm. 29). Ebenso wohl auch Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 123 f. Mit der vorgenannten Einschränkung ist diesen Ansichten zu folgen. AA. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 123, der zwar die Nichtzumutbarkeit dem § 242 als allgemeinem Rechtsgedanken unterstellt, sie aber doch wegen des subjektiven Elementes nicht als Sonderfall des objektiv angelegten § 242 ansehen möchte. Hiergegen spricht, dass auch ein objektiv ausgerichtetes Treu- und Glaubensband nicht an dem Persönlichen vorüber gehen darf. Auf dem Wege über die Unzumutbarkeit wird der Persönlichkeitsgedanke als Rechtsgrundsatz auch für eine objektive Pflichtenbestimmung fruchtbar gemacht und durch die Eingliederung in § 242 selbst zum normativen Begriff. Die Wertung selbst hat - wie Staudinger - Weber aaO. zutreffend erklärt - nach objektiven, generellen Wertvorstellungen vor sich zu gehen (Anm. B 147). Der hier vertretenen Auffassung ist auch die Rechtsprechung des BGH (15.6.1951 LM Nr. 2 § 242 (B a) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 836; v. 12.7.1951 BGHZ Bd. 3 S. 94 (103); v. 16.1.1953 LM Nr. 12 § 242 (B b);), der die unzumutbaren Situationen unter Anwendung von § 242 zu lösen sucht; weitere Nachweise aus Lehre und Rechtsprechung bei Staudinger-Weber aaO. Anm. B 138.

171) Die Immanenztheorie, begründet von Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, dem sich u. a. Esser, Lehrbuch, S. 99 f und Wieacker, Präzisierung, S. 46, aus der Rechtsprechung etwa das RG v. 5.11.1934 RGZ Bd. 145 S. 311 (315) angeschlossen haben, vertreten auch hier z. B. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 124 und Siebert, Verwirkung, S. 17 (weitere bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 527).

172) Staudinger-Weber, aaO., Anm. B 80, 529; Wieacker, aaO., S. 46 Anm. 98; deshalb geht die Annahme einer rechtlichen Unmöglichkeit, wie sie offenbar dem BARbG v. 17.11.1960 - 2 AZR 97/59 (BetrBer 1961 S. 96) unter Hinweis auf Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 202, 203 mit Fussn. 39 und 40 vorschwebt, das bei gewichtigen Gegeninteressen von "wirklicher Unmöglichkeit" spricht, daneben. - Geht man von einer Mittragungspflicht aus, so käme man hier zu einem einseitigen Rechtsverzicht, der aber dem Schuldrecht, in dem sich Recht und Pflicht grundsätzlich entsprechen, unbekannt ist.

möglich zu sein ¹⁷³⁾. Auch die Annahme einer blossen Einrede ¹⁷⁴⁾ entspricht nicht der zu fordernden Einheitlichkeit der rechtlichen Lösung der Betriebsrisikofälle. Sie entspricht auch nicht der tatsächlichen Lage, weil der Arbeitgeber regelmässig seine Anordnungen geben wird, wie in der augenblicklichen Situation vorgegangen werden soll; so wird er einzelne Arbeitnehmer anweisen, ungewohnte Arbeiten zu verrichten, andere werden Weisungen hinsichtlich der Arbeitszeit hinzunehmen haben u. a. m. Die richtige Lösung dürfte sich m. E. bei der Betrachtung der ausserordentlichen Kündigung anbieten. Die Unzumutbarkeit gibt hier den Grund zum Handeln und mit ihm das Handlungsrecht, das Recht zur Gestaltung der vertraglichen Beziehungen selbst. Das muss auch für die übrigen Fälle der Unzumutbarkeit gelten. Macht der Arbeitgeber geltend, dass die Opfergrenze erreicht sei, so wird er zugleich darauf hinweisen, wie er sich zu einer (etwaigen) Fortsetzung des Vertrages stellt. Damit konkretisiert er das ihm gewährte Gestaltungsrecht. Er löst entweder den Vertrag durch eine Kündigung oder verändert mit seinem Verlangen die Pflichten des weiterbestehenden Vertrages. Damit setzt er seine Massnahme der richterlichen Kontrolle aus, die zu prüfen hat, ob die Gestaltung rechtlich tragbar ist ^{175) 176)}.

173) Man müsste einen Einwendungsverzicht annehmen oder gar ein Angebot, gerichtet auf vollständige Vertragserfüllung, unterstellen.
174) Hilger, Ruhegeld, S. 314; Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB § 275 Anm. 1 b aE.; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 530 und weitere (zitiert in Anm. B 529).

175) Näheres hierzu siehe unten S. 53 ff.

176) Zu dieser Auffassung leitet auch das Urteil des BARbG v. 26.10.61 - 5 AZR 470/58 in SAE 1962 S. 113 hin, das in Wiederholung des Wortlauts einer früheren Entscheidung erklärt: übersteigen Gratifikationsansprüche die Grenzen zumutbarer Belastungen des Arbeitgebers, so könne er sie nach § 242 BGB auf ein erträgliches Maß zurückführen oder - wenn auch vielleicht nur vorübergehend - in Wegfall bringen. Ähnliche Gedanken bringt neuestens Esser, JZ 1963 S. 493 bei Betrachtung des wirtschaftlichen Risikos von Lieferverträgen des Arbeitgebers bei Arbeitskämpfen. Esser sucht zwar die Opfergrenze mit dem Institut der Vertragsgrundlage zu verknüpfen - hier gilt das gleiche wie schon oben S. 30 fausgeführt -, hebt aber in besonderer Weise die Erklärungen der Partner hervor: ein Überschreiten der Opfergrenze sei richterlich nicht ex officio und unmittelbar nach § 242 BGB - also als automatische Rechtsgestaltung - zu beachten. Geht man soweit, liegt es doch nahe, ein echtes Gestaltungsrecht anzunehmen.

9. Keine notwendige Gleichbehandlung bei der Interessenabwägung.

Oben wurde dargelegt, dass Massnahmen des Arbeitgebers in größeren Betrieben eine Mehrzahl von Arbeitskräften notwendig gleichmässig treffen. Das ist bedingt durch die Arbeitsteilung, die die Arbeitsplätze auf das engste miteinander verknüpft. Das kann bereits im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden. Die Frage ist nun, ob eine Gleichbehandlung entsprechend dem arbeitsrechtlichen Grundsatz auch notwendig einzutreten hat ¹⁷⁷⁾, oder ob dem die individuelle Interessenabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit entgegensteht.

Das Gleichbehandlungsprinzip, dessen Rechtsgrundlage in verschiedenen einzelnen Vorschriften, dem Art. 3 GG ¹⁷⁸⁾, dem § 51 BVG bzw. 56 PersVG auch in § 242 BGB ¹⁷⁹⁾, gesehen wird, das sich nach a. A. in der arbeitsrechtlichen Treuepflicht aktualisiert ¹⁸⁰⁾, das aus dem Normenvollzug abzuleiten ¹⁸¹⁾ oder als allgemeiner Rechtsgrundsatz anzusehen und letztlich eine Folge des Zusammenschlusses mehrerer Personen zu einer Gemeinschaft sei ¹⁸²⁾ ¹⁸³⁾, würde sich hier bei der Risikoabwälzung als ein Prinzip darstellen, das wegen der eintretenden Beschneidung der Rechte der Arbeitnehmer regelmässig zu ihren Ungunsten Anwendung finden würde. Ob das dem Wesen des Grundsatzes noch gerecht würde, ist zu bezweifeln ¹⁸⁴⁾, da er sich zunächst als Begünstigungsprinzip entwickelt hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz, der hier auch nicht auf seinem we-

177) So die Rechtsprechung des BARbG v. 5.5.1955 - 2 AZR 55/53 E Bd. 2 S. 18 = AP Nr. 4 zu § 242 (Ruhegehalt) = BetrBer 1955 S. 543 = NJW 1955 S. 1005, wonach in Betriebsrisikolagen Pensionskürzungen gleichmässig vorgenommen werden müssen.

178) Z.B. Frey, Der Grundsatz, S. 15.

179) Hilger, Ruhegeld, S. 81.

180) Reuter, ArbuR 1954 S. 289.

181) Böttcher, RdA 1953 S. 162.

182) G. Hueck, Der Grundsatz, S. 127, 137, 153 f, 157.

183) Eingehende Übersicht und Nachweise bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, Anm. A 366 ff zu § 242.

184) Gegen eine Anwendung zu ungunsten: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 386; Gumpert, BetrBer 1959 S. 708; BGH v. 15.12.1951, Betr. 1952 S. 167 = BetrBer 1952 S. 116; LArbG Hannover v. 31.3.1953 Betr Ber 1953 S. 385; aA. wohl BARbG v. 23.6.1955 - 2 AZR 225/54 in AP Nr. 3 zu § 242 (Ruhegehalt) BetrBer 1955 S. 639; Frey, Der Grundsatz, S. 23 und Anm. 27.

sentlichen Anwendungsgebiet, dem Bereich der freiwilligen Leistungen¹⁸⁵⁾, wirksam würde, müsste, um seine Ordnungsvorstellungen zu verwirklichen, in die vertraglichen Rechte selbst eingreifen. Da die Risikoabwälzung auf sachlichen Erwägungen aufzubauen hat, der Gleichbehandlungsgrundsatz aber seinem Wesen nach der Verwirklichung einer gerechten Ordnung zu dienen hat und demgemäss ein Willkürverbot darstellt¹⁸⁶⁾, ist überdies nicht recht zu sehen, wie eine willkürliche Abwälzungsmassnahme ein dem Arbeitnehmer zumutbarer Vorgang sein könnte¹⁸⁷⁾. Wollte man der Auffassung sein, dass Gleichbehandlung und Unzumutbarkeit sich in ihren Auswirkungen hier nicht in dieser Weise überschneiden, führte das dazu, dass der Betrieb sich evtl. garnicht erhalten liesse, weil durch den Grundsatz notwendiger Gleichbehandlung eine zweckvolle Gestaltung der Abwälzungsmassnahmen verhindert würde. Leitet man, wie es wohl zutreffen dürfte, den Gleichbehandlungsgrundsatz (mit) aus § 242 BGB her¹⁸⁸⁾, so ist vollends ein derartiger Widerspruch nicht möglich. Schliesslich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass in den Betriebsrisikofällen der Gleichbehandlungsgrundsatz auf ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers anzuwenden wäre. Es ist in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten, ob auch diese Rechte dem Gleichbehandlungsprinzip zu unterstellen sind¹⁸⁹⁾. Die überwiegende

185) Staudinger-Weber, aaO., Anm. A 392.

186) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 501; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 384 mit Weiterverweisen; BARbG v. 3.4.1957 - 4 AZR 644/54 in AP Nr. 4 zu § 242 (Gleichbehandlung) = BetrBer 1957 S. 612 = SAE 1959 S. 181; BGH v. 15.12.1951 Betr 1952 S. 167 = BetrBer 1952 S. 116.

187) Frey, Der Grundsatz, S. 23 spricht von einem Ausschluss der Gleichbehandlung im Falle der Unzumutbarkeit.

188) BARbG v. 25.4.1959 - 2 AZR 363/58 in AP Nr. 15 § 242 (Gleichbehandlung) = BetrBer 1959 S. 848 = RdA 1960 S. 34; der Gleichbehandlungsgrundsatz richte sich nach den in den §§ 157, 242 BGB niedergelegten Auslegungs- und Leistungsmaßstäben.

189) Frey, Der Grundsatz, S. 34 f; G. Hueck, Der Grundsatz, S. 357 und 248 f hinsichtlich der Kündigungen; LArbG Frankfurt v. 29.1.1952 in BetrBer 1952 S. 375 = RdA 1952 S. 239; aa. Böttcher, RdA 1953 S. 168; Galperin, RdA 1953 S. 172 mit Nachweisen in Anm. 49; einschränkend Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 510 f; weitere Nachweise bei G. Hueck, aaO., S. 251 Anm. 1 und S. 356 und bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 377.

Ansicht spricht sich wohl gegen eine derartige Auffassung aus. Das liegt m. E. im Vorrang der Freiheit vertraglicher Gestaltung vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz begründet¹⁹⁰⁾. Wer diesen Vorrang bejaht, kann m. E. die ebenso zu wertende einseitige Gestaltung nicht ausnehmen. In beiden Fällen handelt es sich um eine Gestaltung des Vertragsinhaltes, bei der allerdings unter Umständen auch der Vertrag für die Zukunft ausser Kraft gesetzt wird. Sie stellt die vertragliche Vereinbarung auf die neue Lage entsprechend dem aus dem Vertrag erwachsenden Rechte um. Sie dient - wenngleich in der Ausübung nur an den Willen einer Partei gebunden - der Fortsetzung der ursprünglichen Vertragsgestaltung und entspricht damit letztlich dem Willen beider Parteien, der in der Schaffung der Grundlage "Vertrag" zum Ausdruck kommt. Das gilt unabhängig davon, ob die Gestaltung über die Unzumutbarkeit im Rahmen des § 242 des BGB eintritt oder sich als regelmässiges Gestaltungsrecht auf eine spezielle gesetzliche Grundlage zu stützen vermag. Die Unzumutbarkeit ist zudem an den Interessen und ihrer Abwägung orientiert. Eine in ihrem Rahmen vorgenommene und durch den Grundsatz notwendiger Gleichbehandlung gesteuerte Interessenabwägung wäre dagegen keine echte Abwägung mehr. Auch erscheint die Wahl des "Muster-Arbeitsverhältnisses", an dem die anderen gemessen werden könnten, wegen der betont individuellen Betrachtung kaum durchführbar¹⁹¹⁾. Wollte man hier trotzdem den Gleichbehandlungsgrundsatz anwenden, so müsste man jedenfalls zur Vermeidung von Schwierigkeiten seine Einschränkung aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen heraus zulassen¹⁹²⁾, was aber im Ergebnis doch wieder zu der hier vertretenen Auffassung zurückführt.

Als Ergebnis lässt sich also festhalten: Über die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit lässt sich eine von Anfang an für die betroffenen Arbeitnehmer selbst günstigere Art der Mitbelastung finden, die nötige Ein-

190) von dem auch G. Hueck selbst ausgeht (Der Grundsatz, S. 252) und der auch vom BARbG in der Entscheidung vom 4. 5. 1962 - 1 AZR 250/61 Betr 1962 S. 841 = NJW 1962 S. 1459 anerkannt wird.

191) Nach Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 390 f ist das der entscheidende Gesichtspunkt gegen die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Kündigungen.

192) so G. Hueck, Der Grundsatz, S. 362.

heitlichkeit aber durch entsprechende Berücksichtigung des betrieblichen Ordnungsgedankens bei der Interessenabwägung gewinnen.

10. Die Bedeutung der Fristen ordentlicher Kündigungen.

Die Fristen, an die ordentliche Kündigungen in der Regel gebunden sind, können schwerlich als Risikofristen angesehen werden. Sie sind Schutzfristen, innerhalb deren sich der Vertragspartner, dem gekündigt wurde, auf die neue Lage vorbereiten soll. Innerhalb dieses Zeitraumes ist grundsätzlich der Lohn voll weiterzuzahlen, so wie auch dem kündigenden Arbeitgeber die Arbeitsleistung bis zum Fristauslauf grundsätzlich voll zu erbringen ist. Man kann diese Frist aber nicht als starre Schutzfrist ansehen ¹⁹³⁾, die in jeder Situation voll einzuhalten und voll zu entlohnen ist, gleichgültig ob der Entlohnung auch die volle Arbeitsleistung gegenübersteht oder nicht. Andernfalls brächte jede ausserordentliche Kündigung in Betriebsrisikolagen bereits eine Verletzung dieser Schutzfunktion mit sich. Dürfte die Risikoabwälzung stets nur auf eine ordentliche Kündigung hin geschehen, so würde dem Arbeitnehmer in vielen Fällen die Möglichkeit genommen, an der Wiederaufwärtsentwicklung des Betriebes teilzunehmen und sich Arbeitsplatz und Pensionsaussicht zu erhalten. Der Arbeitgeber wäre schließlich gezwungen, in jedem Falle eine Änderungskündigung auszusprechen. Bei einer solchen Auffassung würde man keine besondere Notlagenabwälzung erreichen, denn Betriebsrisikolagen sind stets Notlagen solcher Art, dass ordentliche Kündigungen auch nach dem Kündigungsschutzgesetz zuzulassen sind. Wollte man dagegen der Kündigungsfrist diese Bedeutung auch ohne einen Kündigungsausspruch zu verlangen beilegen, würde das die Trennung der Schutzfrist von dem sie auslösenden Willensakt bedeuten. Die Schutzfrist würde damit ihres ursprünglichen Sinnes der Umstellung auf einen neuen Arbeitsplatz gänzlich beraubt. M. E. ist die Deutung der Kündigungsfrist als starrer Risikofrist für den Arbeitgeber verfehlt, weil sie eine dem Wesen der Frist nicht gerecht werdenden zusätzlichen Zweck unterstellen würde. Daher ist auch die sogenannte quotative Lohnkürzung,

193) so König, RdA 1948 S. 58 f.

die Vollentlohnung während eines Teils der Kündigungsfrist ¹⁹⁴⁾, abzulehnen. Hinzukommt, dass die Dauer der Störungen selten von vornherein so eindeutig festliegt, dass eine gerechte Quotelung möglich erscheint. Trotzdem kann aber der Kündigungsfrist für die Risikotragung eine Bedeutung beigelegt werden. Sie bietet nämlich einen Anhaltspunkt für die Dauer der Mitbelastung der Arbeitnehmer. Da diese auch während der Betriebsrisikolage von ihrem ordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen können, ist es dem Arbeitgeber nicht möglich, seine Massnahmen von vornherein über die Fristen ordentlicher Kündigungen hinaus sicher abzuschätzen; er weiss nicht mit voller Gewissheit, ob er das Opferziel erreichen kann, wenn er seine Massnahmen hierzu notwendig über den Zeitraum dieser Fristen hinaus erstrecken müsste. Diese Auffassung, die den oben angeführten Ansichten entgegengesetzt ist, entspricht voll der aus der Kündigungspflicht herauszulesenden Treuepflicht der Arbeitnehmer, die umso höher ist und zu umso grösseren Opfern verpflichtet, je länger die Kündigungsfrist bzw. je enger die Bindung an den Arbeitgeber ist ¹⁹⁵⁾. Die ganz langen Kündigungsfristen etwa langjähriger Angestellter dürfen vom Arbeitgeber nicht in gleicherweise genutzt werden, da derartige Opfer einzelner eine echte Not kaum bessern und die Belastung des Arbeitnehmers in keinem rechten Verhältnis zum Vorteil für den Arbeitgeber stehen würde.

11. Der Umfang gerichtlicher Prüfungen.

Der Umfang der gerichtlichen Nachprüfung der aus- und angleichenden Unzumutbarkeit ist oben ¹⁹⁶⁾ schon angesprochen. Sie hat alle wesentlichen Interessen der Vertragsparteien zu beachten ¹⁹⁷⁾. Die Unzumutbar-

194) wie sie von dem LArbG Hamburg in mehreren Entsch. geübt wurde, vgl. die Nachweise bei Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 65 ff; ebenso Jorns selbst aaO. S. 148 und 152.

195) Folgt man dagegen der Auffassung von König, so ziehen diese Arbeitnehmer trotz ihrer erhöhten Treuepflicht einen größeren Nutzen aus der Not des Arbeitgebers wie die übrigen Arbeitnehmer.

196) s. o. S. 30 Anm. 115, S. 40 f und 46.

197) Der Richter wird so zum Mittler im Streit der Interessengegensätze: Baur, JZ 1957 S. 194.

keit unterliegt also als unbestimmter Rechtsbegriff auch grundsätzlich vollumfänglich der richterlichen Nachprüfung. Diese Überprüfung stellt weder einen Eingriff in die Unternehmerstellung noch in das Direktionsrecht dar ¹⁹⁸⁾.

Das unternehmerische Ermessen darf jedoch durch eine Prüfung nicht beschränkt werden. Das wäre dann der Fall, wenn man auch die Zweckmässigkeit der Massnahmen des Arbeitgebers in vollem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung unterstellen wollte. Die Lage ist hier die gleiche, wie im Kündigungsschutzgesetz: eine vom Arbeitgeber zu behebende "Not" des Betriebes ¹⁹⁹⁾.

Für den Bereich des Kündigungsschutzgesetzes sind die Meinungen sehr geteilt. Eine vollumfängliche Nachprüfung insbesondere auch der Zweckmässigkeit, die sich aus dem Vergleich der jetzigen gesamtbetrieblichen Lage mit der nach Durchführung der Massnahme bestimmt, wird kaum gefordert. Vielfach werden Nachprüfungen jedenfalls offensichtlicher Fehlmassnahmen, offensichtlicher Unvernunft, Nachprüfungen auf Willkür oder Ermessensmissbrauch oder auf rücksichtslosen Eigennutz u.ä. gefordert ²⁰⁰⁾. Diese Ansichten führen dazu, allgemeine betriebswirtschaftliche Erkenntnisse, die Grundsätze einer vernünftigen Geschäftsführung, also die Frage nach der Zweckmässigkeit heranzuziehen und stellen im Ergebnis eine Bestrafung des unklugen Unternehmers dar. Von der praktischen Seite her gesehen lässt sich diese Art der Nachprüfung nicht recht verwirklichen, da der Richter weder Kaufmann noch Wirt-

198) RArbG v. 19. 9. 1932 in ARS Bd. 16 S. 369 (376); Molitor, Betr. 1953 S. 35.

199) Im KSchG knüpft der Streit an den Wortlaut von § 1 II an, der verlangt, dass die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse bedingt sein müsse. Hier ergibt sich das gleiche Problem aus der umfassenden Prüfung im Rahmen der Unzumutbarkeit.

200) Vgl. Dieckhoff, ArbuR 1957 S. 197 f; Galperin, BetrBer 1954 S. 1117; Gramm, AR-BI, Kündigungsschutz IV, Nachprüfung betrieblicher Massnahmen D I 2; Heimeier, Betr 1955 S. 1117; Joachim, BetrBer 1954 S. 1114; König, BIStSozArbR 1953 S. 169; Kunkel, BetrBer 1952 S. 379, NJW 1953 S. 449; Molitor, BetrBer 1953 S. 34; Rohlfing, Betr 1953 S. 314. LArbG, Bayern, v. 22. 10. 1958 in WA 1959 S. 115; LArbG Hamburg, v. 12. 3. 1954 ARSt XII Nr. 488; LArbG Stuttgart v. 26. 6. 1951 BetrBer 1952 S. 376 u. v. 19. 5. 1954 BetrBer 1954 S. 806.

schaftler ist. Die Hilfe des Sachverständigen müsste soweit gehen, dass von einer Entscheidungsverlagerung zu sprechen wäre. Der entscheidende Gesichtspunkt aber ist, dass Wesen und Funktion der gerichtlichen Entscheidung einer solchen Auffassung entgegenstehen. Das Urteil würde sich an Stelle der unternehmerischen Entscheidung setzen, damit im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf stehen und nicht mehr nur prüfen, ob das Recht gewahrt ist ²⁰¹⁾. Die unternehmerische Entscheidung ist im übrigen in weitesten Bereichen wie wirtschaftlichen, kaufmännischen und technischen Fragen der Betriebsgestaltung gar nicht rational erfassbar ²⁰²⁾. Das gilt selbst von "rein organisatorischer" Betriebsgestaltung ²⁰³⁾ im Hinblick auf die Anpassung an die Wirtschaftsmarktentwicklung, das Rationalisierungsbestreben aller Unternehmer. Das Wesensmerkmal der Unternehmerentscheidung ist die Intuition ²⁰⁴⁾. Der Umfang der Prüfung bietet daher keine Garantie für Richtigkeit. Man wird darum der Ansicht zu folgen haben, dass die unternehmerische Entscheidung in gutem Glauben auf Grund einer ernstlich vorgenommenen Prüfung gewonnen und im Streitfall mit sachlichen Gründen belegt werden muss ²⁰⁵⁾. Die Sachlichkeit bestimmt sich zwar vom Ergebnis, dem angestrebten Opferziel her. Insofern ist ein objektiver Masstab anzuwenden. Der subjektive Schluss des Unternehmers dagegen ist nicht mehr auf seine Richtigkeit

201) Das Gericht darf also keine Anweisung geben, wie das Unternehmen zu führen ist: Heimeier, Betr 1955 S. 1117. Müller, Betr 1962 S. 1539 meint, die unternehmerische Entscheidung sei u. a. auch deshalb nicht justiziabel, weil der Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit und die grundsätzliche Gewährleistung des Eigentums dem entgegenstünden.

202) Fauth, BlStSozArbR 1959 S. 156; Rappenecker, BetrBer 1958 S. 50; selbst Gramm, AR-BI, Kündigungsschutz IV, Nachprüfung betriebl. Maßnahmen D II 1; wohl auch BARbG v. 17. 9. 1957 - 1 AZR 352/56 Betr 1957 S. 1102 = RdA 1958 S. 120.

203) AA. Gramm, aaO., D II 3.

204) Richtig Eberl, BetrBer 1954 S. 447 in Betonung des subjektiven Elementes.

205) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 581 ff mit Anm. 39; LArbG Düsseldorf, v. 28. 7. 1954 Betr 1954 S. 888; LArbG Hamburg, ARSt XIX Nr. 164 v. 19. 7. 1957 u. ö.; LArbG Mannheim v. 11. 3. 1955 BetrBer 1955 S. 574; ArbG Heide, v. 11. 5. 1956 ARSt XVI Nr. 376; ArbG Mannheim, v. 30. 6. 1955 ARSt XV Nr. 417; auch Kauffmann, NJW 1953 S. 1049, dürfte hierher zu zählen sein.

hin zu prüfen, nämlich ob etwa alle übrigen für und gegen die Opferziel-
erreichung sprechenden Argumente berücksichtigt wurden²⁰⁶⁾. Diese
Ansicht ist auch für die vorliegende Beurteilung der Arbeitgebermass-
nahmen auf Grund unzumutbarer Risikolagen zu übernehmen. Die Korrek-
tur einer falschen Entscheidung erfolgt dann über die Interessenabwägung,
aber nicht mehr weil die gewählte Einzelmassnahme (nicht ihr Umfang)
unzweckmässig war, sondern weil sie den Vertragspartner zu stark be-
lastete²⁰⁷⁾.

Anders ist die Frage des Umfanges der einzelnen Massnahmen (etwa
des Umfanges einer Leistungsherabsetzung) zu beurteilen. Der Arbeit-
geber hat sich mit der gerichtlich gebilligten Wahl der Art der Massnah-
me selbst gebunden. Eine falsche Interessenabwägung bei der Festlegung
der Folgen geht zu seinen Lasten. Diese Interessenabwägung ist keine
Intuitiventscheidung mehr.

Als Ergebnis lässt sich also festhalten, dass es keine Nachprüfungs-
beschränkung hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen gibt, von de-
nen aus die Entscheidung des Unternehmers über das "wie" des Handelns
abgeleitet wurde. Nur soweit eine Intuitiventscheidung (hinsichtlich der
Wahl des zweckmässigsten Mittels) vorliegt, entfällt die Nachprüfung.

206) Neuerdings haben sich gegen eine Zweckmässigkeitsprüfung ausge-
sprochen: Fauth, BStSozArbR 1959 S. 156; ArbG Krefeld v. 9. 1. 1959
BetrBer 1959 S. 379; LArbG Berlin v. 31. 8. 1959 EntschKal 1959 (4) S.
753.

207) Dem Unternehmer steht es damit frei, eine andere Massnahme zu
wählen; das Gericht ist hier nicht zur eignen Entscheidung und Rechts-
gestaltung berufen. Dieser freie Bereich einer Intuitiventscheidung
taucht in ähnlicher Form bei dem verwaltungsrechtlichen Streit um den
Umfang gerichtlicher Nachprüfungen von unbestimmten Rechtsbegriffen
auf; dort wird von einem Begriffskern und einem Begriffshof gesprochen;
im letzteren ist nach der im Vordringen befindlichen Vertretbarkeits-
theorie (vgl. Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 13 u. 6 f) eine Wertung
auch mit verschiedenen und vertretbaren Ergebnissen möglich.

12. Die Folgen der Betriebsrisikolage.

a.) Die Vertragsbeendigung.

Allein aus der Tatsache heraus, dass eine (unzumutbare) Betriebsrisikolage eingetreten ist, lässt sich eine Lösung des Arbeitsverhältnisses noch nicht herleiten. Um den Kriegsfolgen gerecht zu werden, wurde zum Teil ²⁰⁸⁾ aus der Macht der Tatsachen eine Vertragsbeendigung abgeleitet; diese Konstruktion lässt sich aber nicht hierher übertragen. Die Auflösung von Dauerverträgen erfordert eine Kündigung, eine willentliche Auflösung der vertraglichen Beziehungen. Die Lehre von der Macht der Tatsachen eignet sich - soweit ihr überhaupt gefolgt werden kann - ²⁰⁹⁾ als Hilfskonstruktion ²¹⁰⁾ in allen Fällen, in denen eine Kündigung nicht mehr ausgesprochen werden kann ²¹¹⁾, weil zum Beispiel der Arbeitgeber weggefallen ist. In Betriebsrisikolagen ist eine Kündigung gemeinhin möglich und daher zu verlangen.

a 1) Die hier auszusprechende Kündigung gründet auf der Unzumutbarkeit der Vertragsfortdauer. Die Unzumutbarkeit ist genügender Grund für die sogenannte ausserordentliche Kündigung ²¹²⁾, die Vertragsbeendigung aus unvorhergesehenen Gründen.

208) Palandt-Gramm, Komm. zum BGB, Vorbem. 1 fa vor § 620.

209) Siebert, BetrBer 1953 S. 624 hält sie wegen des in § 726 BGB verkörperten Rechtsgedankens und des jedenfalls anwendbaren Begriffs der unzulässigen Rechtsausübung für überflüssig; tatsächlich greifen auch die meisten Entscheidungen auf § 242 BGB zurück, vgl. Maus-Gross-Revolle-Thiele, Handbuch, VI A Nr. 45; LArbG Hamburg v. 12.10.1951 in AP 1952 Nr. 186.

210) Die Betriebsrisikolehre geht also vor: LArbG Mannheim v. 16.7.1954 PraktArbR 1959 - Kündigungsschutzgesetz § 1 Nr. 143 = AP Nr. 1 zu § 620 BGB.

211) Das bringt zum Beispiel das LArbG Frankfurt v. 12.10.1954 Prakt ArbR 1959 - Kündigungsschutzgesetz § 1 Abs. 1 Nr. 150 = BetrBer 1959 S. 52 zum Ausdruck; ähnlich auch LArbG Berlin v. 14.4.1953 BetrBer 1953 S. 623 f; zuletzt das BARbG v. 3.10.1961 - 3 AZR 138/60 Betr 1962 S. 542 = BetrBer 1962 S. 449

212) Ganz h. M., Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 527 und die in Anm. 2 Zitierten; vgl. auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 754 und 727 mit Weiterverweisen sowie B 542; RArbG v. 11.1.1928 in ARS Bd. 2 S. 27; BARbG v. 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 in AP Nr. 4 zu § 626 BGB = BetrBer 1956 S. 44.

a 2) Denkbar ist es auch, diese Kündigungsgründe vertraglich vorweg zu regeln, wie überhaupt außerordentliche Kündigungsgründe vereinbar sind, soweit nicht das Gesetz die außerordentliche Kündigung erschöpfend regelt²¹³⁾. Eine einseitige Kürzung der Kündigungsfristen ist z. B. im Bereiche der §§ 133aa, 122 GewO und des § 67 HGB verhindert. Ebenso darf eine Vereinbarung von Gründen zur außerordentlichen Kündigung, die sonst regelmäßig zur ordentlichen Kündigung berechtigen, keine Umgehung der für diese geltenden zwingenden Vorschriften mit sich bringen²¹⁴⁾. Die Nachprüfung des Kündigungsgrundes fragt dann nicht mehr danach, ob die Situation unzumutbar ist oder nicht, sondern nur noch, ob die vorliegenden Tatsachen der Vereinbarung entsprechen. Ob allerdings eine Parteivereinbarung einen echten außerordentlichen Kündigungsgrund geben oder nur eine entfristete ordentliche Kündigung ermöglichen will, ist Auslegungsfrage. Die Tatsache einer vertraglichen Vereinbarung spricht weder für die eine noch für die andere Annahme. Im Zweifel wird nur eine ordentliche Kündigung beabsichtigt sein, da der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht den vollen Schutz durch das Kündigungsschutzgesetz, das zunächst die ordentlichen Kündigungen im Auge hat, wird preisgeben wollen. Eine generelle vertragliche Beschränkung der (subjektiven) Unzumutbarkeit ist ebenfalls nicht möglich. Das widerspräche dem Wesen der Unzumutbarkeit als rechtlich nicht mehr anzunehmender Situation. Daher kann man insbesondere die Freiheit der Gestaltung keiner Regelung unterwerfen. Anders ist es mit der Grenzbestimmung, die jeweils vom Vertragsinhalt beeinflusst wird. An Sittenwidrigkeit (objektiver Unzumutbarkeit) endet allerdings auch diese Vereinbarungsfreiheit²¹⁵⁾.

213) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 149 f; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 626 Anm. 56 f.

214) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 542; Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO, § 123 Anm. 2 b; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 720.

215) Im Ergebnis wie hier: Erman-Küchenhoff, Komm. zum BGB, § 626 Anm. 3; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 721 ff; RGR-Komm. (Denecke) § 626 Anm. 5; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 626 Anm. 53; Staudinger-Weber, aaO., § 242 Anm. A 728; BARbG v. 17.4.1956 - 2 AZR 340/55 E Bd. 2 S. 333 = AP Nr. 8 zu § 626 = RdA 1956 S. 239; RARbG v. 23.10.1935 ARS Bd. 28 S. 24, v. 12.7.1939 ARS Bd. 36 S. 418.

a 3) Die außerordentliche Kündigung ist regelmässig eine fristlose Kündigung²¹⁶⁾. Eine derartige Kündigung trifft zwar den Arbeitnehmer im Augenblick sehr hart, da sie ihn um seinen Arbeitsplatz bringt. Sie kann aber u. U. für ihn sogar vorteilhafter als eine länger andauernde wirtschaftliche Risikomitbelastung sein. Ihm verbleibt seine Arbeitskraft, die zu nutzen ihm überlassen ist, wobei die Interessenabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit eine langfristige oder gar dauernde Arbeitslosigkeit zu vermeiden hat²¹⁷⁾.

a 4) Die Interessenabwägung hat sich bei einer Kündigung vornehmlich auf folgende Gesichtspunkte zu erstrecken:

Auf Arbeitnehmerseite: auf persönliche Momente wie Alter, Dienstalter²¹⁸⁾, Krankheit²¹⁹⁾, insbesondere betriebsbedingte Krankheit; auf vermögenswerte Momente wie fehlendes Arbeitnehmervermögen²²⁰⁾, umfangreiche rechtliche Unterhaltsverpflichtungen²²¹⁾, keine Mitverdiener in der Familie, schlechte Arbeitsmarktlage²²²⁾, Umschulungsnotwendigkeit²²³⁾.

Aus einer besonderen Vertragsgestaltung können sich weitere zu beachtende Treuerechte ergeben²²⁴⁾.

216) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 718 f; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 734.

217) Für besonders sorgfältige Interessenabwägung: Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 732.

218) BARbG v. 3. 11. 1955 - 2 AZR 86/54 E Bd. 2 S. 207 = BetrBer 1956 S. 43 = AP Nr. 5 zu § 626.

219) BARbG v. 8. 10. 1957 - 3 AZR 124/55 in AP Nr. 15 zu § 626 = BetrBer 1958 S. 118.

220) BARbG v. 8. 10. 1957 - 3 AZR 136/55 E Bd. 5 S. 20 = AP Nr. 16 zu § 626 = BetrBer 1958 S. 118.

221) So für ordentliche Kündigungen: Schulz, RdA 1953 S. 465.

222) BARbG v. 8. 10. 1957 - 3 AZR 124/55 in AP Nr. 15 zu § 626 = BetrBer 1958 S. 118.

223) Hinter diesen vermögenswerten Interessen steht allerdings die Aussicht auf Arbeitslosengeld und schwächt daher ihre Bedeutung.

224) So etwa besonders lange Kündigungsfristen; allerdings ist da eine Doppeldeutung möglich: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 539; G. Hueck in Anm. zu AP Nr. 15 zu § 626 BGB; BARbG v. 15. 12. 1955 - 2 AZR 239/54 AP Nr. 6 zu § 626 = BA-BI. 1956 S. 638. Eine erleichterte Annahme eines wichtigen Grundes widerspräche aber dem Treuegedanken: Molitor, Die Kündigung, S. 295 ff, 298 f; BARbG v. 3. 11. 1955 - 2

Auf Arbeitgeberseite: Auswahlgesichtspunkte, die sich nach der Art der ausgeübten Tätigkeit richten²²⁵⁾ oder die - ähnlich wie bei der ordentlichen Kündigung - der Arbeiterstammerhaltung, der Nachwuchssicherung oder dem Leistungsprinzip²²⁶⁾ Rechnung tragen.

Die Arbeitgeberinteressen müssen von besonderem Gewicht sein, weil den im wesentlichen vermögenswerten Arbeitgeberinteressen die im wesentlichen ideellen Arbeitnehmerinteressen gegenüberstehen²²⁷⁾.

a 5) Der Ausspruch der Kündigung ist an keine Frist gebunden²²⁸⁾; beim längeren Zuwarten könnte aber u. U. der wichtige Grund verloren gehen²²⁹⁾, weil die Opfer nun nicht mehr nützen. Deswegen muß eine Kündigung nicht überstürzt ausgesprochen werden; sie hat aber planvoll und rasch zu erfolgen²³⁰⁾.

a 6) Derartige außerordentliche Kündigungen sind nach § 66 BVG, der alle Kündigungen erfaßt²³¹⁾, unter Beteiligung des Betriebsrates auszusprechen²³²⁾.

AZR 39/54 E Bd. 2 S. 214 = AP Nr. 4 zu § 626 = BetrBer 1956 S. 44; RGZ Bd. 103 S. 61 (63).

225) Hilfsarbeiter sind vor gelernten Dauerkräften zu entlassen: RArbG v. 12.10.1932 ARS Bd. 17 S. 178.

226) Besondere Fähigkeiten, Kenntnisse, Kundenbeziehungen eines Arbeitnehmers.

227) Siehe auch oben S. 45 mit Anm. 164.

228) Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch VI Nr. 148; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 736, B 271, wohl aber ist eine Erklärung der außerordentlichen Kündigung mit einer Frist zulässig: BARbG v. 16.7.1959 - 1 AZR 193/57 in AP Nr. 31 zu § 626 = RdA 1960 S. 36.

229) BGH v. 15.6.1951 - LM Nr. 2 zu § 242 (Ba) = BetrBer 1951 S. 625 = NJW 1951 S. 83.

230) RArbG v. 26.5.1937 ARS Bd. 30 S. 127 u. vom 25.5.1938 ARS Bd. 33 S. 97.

231) Dietz, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 4; Erdmann, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 5; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 3; Sahmer, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 2; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch VIII § 66 BVG Anm. 5; Siebert, Die Kündigung ohne Anhörung, S. 146; BARbG v. 1.3.1957 - 1 AZR 433/55 E Bd. 4 S. 27 = AP Nr. 10 zu § 66 BVG = BetrBer 1957 S. 580.

232) Zu Unrecht vertrat das BARbG (s. Anm. 231 a. E.) eine andere Ansicht, wonach bei außerordentlichen Kündigungen eine Anhörung nur bei besonderen Umständen für notwendig zu erachten sei; eine andere Auf-

Der Arbeitgeber braucht zwar von dem aus der Unzumutbarkeit fließenden Recht keinen Gebrauch zu machen; wenn er es aber tut, so ist er aus sozialen Erwägungen heraus an den Betriebsrat gebunden²³³⁾. Seine Beteiligung durch den Arbeitgeber ist eine Forderung sozial gerechten Verhaltens²³⁴⁾, also auch eine Forderung aus Treu und Glauben, die diese allgemeinen und generell gültigen Wertvorstellungen im Zivilrecht²³⁵⁾ und insbesondere im Arbeitsrecht aktualisiert²³⁶⁾. Das Übergehen des Betriebsrates stellt also einen Treueverstoß des Arbeitgebers dar. Trotzdem beeinflusst das weder den Kündigungsgrund²³⁷⁾ noch ergibt sich daraus die Berechtigung, sich auf diesen Treueverstoß des Arbeitgebers zu stützen und ihm damit die Berufung auf den außerordentlichen Kündigungsgrund unmöglich zu machen. Diese Annahme überzeugt, wenn man außerordentliche Kündigungen, die sich auf Treueverstöße des Arbeitnehmers stützen, betrachtet; es gibt nämlich keine "Auf-

fassung zeigt das Urteil v. 25.10.1962 - 2 AZR 549/61 = AP Nr. 21 zu § 66 BVG, wo in Umkehr gesagt wird, der Betriebsrat müsse generell vor außerordentlichen, fristlosen Entlassungen gehört werden, es sei denn, die Anhörung sei unmöglich oder unzumutbar.

233) Denkbar wäre allerdings, daß ein Unterlassen des sofortigen Kündigungsausspruches für den Arbeitgeber unzumutbar wäre. In diesen Fällen ist der Betriebsrat nachträglich einzuschalten: u. a. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 855 Anm. 76 mit Weiterverweisen; ebenso Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 579; vgl. auch BARbG v. 15.9.1954 - 1 AZR 258/54 E Bd. 1 S. 69 (79) = AP Nr. 1 zu § 66 BVG = BetrBer 1954 S. 871.

234) Hueck, RdA 1953 S. 129; Sommer, BetrBer 1952 S. 980; LArbG Stuttgart v. 25.9.1954 BetrBer 1954 S. 999. § 66 ist nicht etwa Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden Kündigung (überwiegende Meinung: Dietz, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 11; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 13; weitere bei Siebert, Die Kündigung ohne Anhörung, S. 133 Anm. 11; sowie BARbG v. 15.9.1954 - 1 AZR 258/54 in NJW 1954 S. 1702 u. ö. Anderer Ansicht Fitting-Krageloh, Komm. zum BVG § 66 Anm. 4 und Reinhardt, Die Nichtanhörung S. 120 mit Nachweisen S. 109 Anm. 1 u. 2).

235) Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 20 ff.

236) Letztlich handelt es sich hier um die Aktualisierung kollektiven Rechts im Bereich des Individualrechts; ähnlich Isele RdA 1962 S. 375.

237) So richtig Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 27; Hueck, RdA 1953 S. 129; Meissinger, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 2; Sommer, BetrBer 1952 S. 980; BARbG v. 15.9.1954 - 1 AZR 258/54 E Bd. 1 S. 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BVG = BetrBer 1954 S. 871; LArbG Stuttgart v. 18.9.1954 BetrBer 1954 S. 999.

rechnung" von Treu- und Glaubensverstößen²³⁸⁾. Gleichmaßen ist zu verfahren - also keine Gegenüberstellung von verschiedenen Ausprägungen von Treu und Glauben²³⁹⁾ -, wenn die außerordentliche Kündigung auf sonstige Gründe gestützt ist, da die Unzumutbarkeit nur eine spezielle Ausprägung von Treu und Glauben ist²⁴⁰⁾.

Die allgemeine Anforderung an die Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber, die in dem § 66 BVG enthalten ist, erlangt also bei außerordentlichen Kündigungen aufgrund von Betriebsrisikolagen keine Bedeutung.

b.) Keine Werksbeurlaubung.

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber eine Werksbeurlaubung wählen kann, um der Betriebsrisikolage Herr zu werden²⁴¹⁾. Bei ihr ruht das Arbeitsverhältnis hinsichtlich seiner Arbeits- und Lohnzahlungspflicht, ohne gelöst zu werden²⁴²⁾. Ein solches Ruhen widerspricht grundsätz-

238) So z.B. für positive Vertragsverletzung, die nach Wieacker, Präzisierung, S. 25 mit Anm. 51 eine Ausprägung von § 242 ist; vgl. auch Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 276 Anm. 7c a. E.

239) Im Rahmen der Interessenabwägung zur Unzumutbarkeit kann der Verstoß gegen § 66 BVG nicht berücksichtigt werden, da der Grund zur Kündigung und das Recht hierzu unabhängig davon entstanden sind; dieser Verstoß des Arbeitgebers, der nachfolgt, könnte allenfalls zu einem Verfall seiner Rechte führen; ein Rechtsmißbrauch ist aber grundsätzlich nicht anzunehmen, siehe unten Anm. 240.

240) Ohne Bedeutung ist, daß einmal der Grund zur Kündigung und einmal das Verhalten bei der Folgenbestimmung angesprochen ist. Auch hier bildet nicht die Tatsache "Verhaltensweise", sondern § 242 selbst die Klammer für diese Tatbestände. Sieht man in der Verpflichtung, den Betriebsrat zu hören, auch eine vertragliche Pflicht, so Siebert, Die Kündigung ohne Anhörung, S. 139 f, so kann ein derartiger Verstoß erst recht nicht die Unzumutbarkeit des Kündigungsgrundes ausräumen oder von solchem Übergewicht sein, daß der Kündigungsgrund nicht mehr geltend gemacht werden dürfte. Eine Kündigung ohne Anhörung ist auch dann nicht Mißbrauch eines Rechts, so allerdings Siebert, aaO. S. 140, 143 und 148, der sich aus der Relation von Zweck und Mittel bestimmt, sondern eben eine solche mit bloßem Verfahrensverstoß, der hier sicher auch nicht den Zweck der Kündigung beeinflussen kann.

241) So offenbar Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 600.

242) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 196; BARbG v. 22.1.1959 - 1 AZR 535/55 E Bd. 7 S. 197 = BetrBer 1959 S. 257 = WA 1959 S. 51.

lich der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Diese aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere aus der Treuepflicht²⁴³⁾ herzuleitende Pflicht ist zwar begrenzt durch die Unzumutbarkeit²⁴⁴⁾. Eine Werksbeurlaubung kann aber nicht stets bei einem Wegfall der Beschäftigungspflicht anzuordnen sein, da die Lohnzahlung von einem derartigen Wegfall nicht notwendig berührt wird. Umgekehrt aus dem Wegfall der Lohnzahlungspflicht auf den Fortfall der Beschäftigungspflicht zu schließen (die Relation von Arbeitsleistung und Lohn spräche dafür), verbietet sich aus der Tatsache, daß das Opferziel u. U. gerade die Weiterarbeit verlangt. Die Frage nach der Beschäftigungspflicht führt also hier nicht weiter.

Der Arbeitgeber kann aber eine Werksbeurlaubung deshalb nicht anordnen, weil er damit dem Interesse des Arbeitnehmers in keinem Fall Rechnung tragen würde. In der Ruhenszeit die Arbeitskraft anderweitig zu verwerten, dürfte dem Arbeitnehmer wegen der Kürze der Mitbelastungsfrist²⁴⁵⁾, wegen der weiterbestehenden vertraglichen Bindung an seinen alten Arbeitgeber und wegen dessen Abrufmöglichkeit kaum möglich sein. Der Arbeitnehmer würde keine staatlichen Unterstützungszahlungen erhalten, weil solche nach dem AVAVG nicht vorgesehen sind²⁴⁶⁾. Er wäre also an den Arbeitgeber gebunden, bekäme aber weder Lohn noch eine Unterstützung noch könnte er sich in aller Regel einen neuen Verdienst schaffen. Das ist unzumutbar. Die Werksbeurlaubung ist demnach einseitig nicht anzuordnen²⁴⁷⁾.

243) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 548 f; BARbG v. 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 E Bd. 2 S. 222 = AP Nr. 2 zu § 611 (Beschäftigungspflicht) = BetrBer 1956 S. 141; BGH v. 12.11.1952 BGHZ Bd. 8 S. 35 (45 ff) = Betr 1952 S. 1035 = BetrBer 1952 S. 1023; aA: vgl. bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 489 aE.

244) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 514; auf eine Interessenabwägung wird abgehoben von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 350, Tilka, B1St SozArbR 1957 S. 252; nach Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 265 ist jedes, auch ein wirtschaftliches Interesse beachtlich.

245) Siehe oben S. 53.

246) Vgl. die §§ 74 I, 75 I, 76 I und die zu enge Bestimmung des § 125 AVAVG; Krebs, Komm. zum AVAVG, § 76 Anm. 13 und Jaenecke, Diss. S. 45 mit Entscheidungsnachweis in Anm. 2.

247) Aus dem Direktionsrecht, Literatur bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 478, dem Pendant der Gehorsamspflicht, läßt sich eine derartige Anordnung erst recht nicht herleiten, da es an die

c.) Die Kurzarbeit.

Der Vertragsinhalt bestimmt Arbeitszeit und Lohn ²⁴⁸⁾. Regelmäßig ist (stillschweigend) der normale Achtstundentag vereinbart ²⁴⁹⁾. Das Streben eines jeden Arbeitnehmers ist auf ein möglichst festes Minimal-Einkommen gerichtet. Jede Änderung der regelmäßigen Arbeitszeit führt bei Stundenlohn zu einer Lohnänderung. Wird der Lohn in der Form eines Gehaltes gezahlt (Angestellte), so müssen Arbeitszeitverkürzungen, da Überstunden regelmäßig gesondert bezahlt werden ²⁵⁰⁾, dementsprechend auch eine Lohnkürzung zur Folge haben. Auch das Gehalt ist nur der regelmäßige Lohn. Diese Relation von Arbeitszeit und Arbeitslohn ²⁵¹⁾ gilt selbst da, wo das Entgelt tariflich geregelt ist, da hier die Ableistung der vollen Arbeitszeit vorausgesetzt wird ²⁵²⁾. Kurzarbeit bringt also in jedem Falle über die bloße Arbeitszeitkürzung hinaus ²⁵³⁾ eine Lohnkürzung ²⁵⁴⁾. Das ist wiederum der Grund für das Interesse des Arbeitgebers an ihrer Einführung in Zeiten wirtschaftlicher Bedrängnis.

gesetzlich und vertraglich abgesteckten Grenzen gebunden ist und sich nur innerhalb dieses so abgesteckten freien Raumes halten darf; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 391, Galperin, Betr 1952 S. 186, Maurer, ArbuR 1956 S. 140, Nikisch, BetrBer 1950 S. 539, Oehmann, AR-Bl., Direktionsrecht und Gehorsampflicht I, Übersicht, Bl; BARbG v. 10. 11. 1955 - 2 AZR 591/54 E Bd. 2 S. 222 Betr 1955 S. 1091 = RdA 1956 S. 119, also nicht die Vertragsrechte umzugestalten vermag. - Zum gleichen Ergebnis wie hier kommen: Bertermann, BlStSozArbR 1952 S. 219; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 196; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch IV, Nr. 261; Molitor, DAR 1936 S. 138; RARbG v. 23. 2. 1932 ARS Bd. 14 S. 363 und neuestens Isele, Festschrift für Molitor, S. 112 ff.

248) Aus der Arbeitszeitordnung kann weder ein Recht noch eine Pflicht zur Beschäftigung hergeleitet werden: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 189 f mit Anm. 43, denn der Arbeitnehmer stellt nicht seine ganze Arbeitskraft begrenzt lediglich durch die Bestimmung der Arbeitszeitordnung zur Verfügung; aA: Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 292.

249) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 190; Siebert, AR-Bl., Arbeitszeit I C IV 3 d.

250) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 328; aA. LARbG Bayern v. 18. 1. 1956 in WA 1957 Nr. 7.

251) Vgl. Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 614 Anm. 24 und BARbG v. 21. 3. 1958 - 1 AZR 555/56 in AP Nr. 1 zu § 614 BGB = BetrBer 1958 S. 522 = RdA 1959 S. 120.

252) Der Tarifvertrag garantiert also regelmäßig nur die Stundenlohnhöhe und schützt so die Arbeitnehmer vor einer unterwertigen, unsozialen Einstufung ihrer Arbeitskraft.

c 1) Fraglich ist, ob mit dem aus der Unzumutbarkeit fließenden Gestaltungsrecht des Arbeitgebers Kurzarbeit eingeführt werden kann, d.h. ob die Interessen der Arbeitnehmer bei Einführung von Kurzarbeit in hinreichendem Umfange beachtet würden. Von besonderer Bedeutung sind hier die §§ 74 ff des AVAVG, die Bestimmungen über Kurzarbeitergelder. Diese Zahlungen haben den Zweck, den Betrieb vor einem Zusammenbruch zu bewahren²⁵⁵⁾ und ihm unter Überbrückung vorübergehender Schwierigkeiten seine Arbeitskräfte zu erhalten²⁵⁶⁾; sie sollen zugleich die Arbeitskräfte vor der drohenden Arbeitslosigkeit bewahren und ihnen ein ausreichendes Einkommen sichern²⁵⁷⁾. Die Zahlung von Kurzarbeitergeld verfolgt also wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitische Ziele²⁵⁸⁾.

Die Zahlungen erfolgen nur in außergewöhnlichen Notlagen, also nicht schon zur Subventionierung von Betrieben, die das normale Betriebsrisiko nicht zu tragen vermögen. Zu derartigen außergewöhnlichen Notlagen zählen nicht Belastungen, die auf ein Verschulden der Betriebsleitung (Fehldispositionen, mangelnde Eignung des Arbeitgebers) zurückzuführen sind²⁵⁹⁾, oder die in saisonalen Schwankungen oder in lediglich technischen Schwierigkeiten, die mit der Eigenart des Betrie-

253) die durch die Beschäftigungspflicht in den dem Arbeitgeber unzumutbaren Situationen nicht gehindert wäre, siehe oben S. 62.

254) kann also aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht herzu-leiten sein, siehe oben S. 63 Anm. 247.

255) Ein bloßes Hinausschieben des Zusammenbruchs würde dagegen die Subventionierung minderleistungsfähiger Betriebe bedeuten und dem Grundsatz der freien Marktwirtschaft zuwiderlaufen.

256) Bei allgemeinem Mangel an Arbeitskräften muß allerdings eine wirtschaftlich ungerechtfertigte Bindung an notleidende Betriebe vermieden werden.

257) Vgl. hierzu Krebs, Komm. zum AVAVG, § 116 Anm. 2 und 5, André, Lohnausfallvergütung, S. 3.

258) Fangmeyer-Überall, Komm. zum AVAVG, § 117 Anm. 3 mit Weiterverweis; dabei treten die arbeitsmarktpolitischen Interessen bei vorübergehenden, kurzfristigen Betriebsstörungen regelmäßig in den Hintergrund.

259) André, Lohnausfallvergütung, S. 4.

bes verbunden sind ²⁶⁰⁾, ihre Ursache haben. Es ist also gerade auch der Kreis der Betriebsrisikofälle Voraussetzung zur Zahlung von Kurzarbeitergeld. Diese weitgehende Deckung von Betriebsrisikolage und Kurzarbeitergeldvoraussetzungen sowie ihr weitgehend gleicher Zweck erfordern eine Berücksichtigung dieser Zahlungen bei der Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ²⁶¹⁾.

Die Einführung von Kurzarbeit ist danach auch mit den Interessen der Arbeitnehmer zu vereinbaren ²⁶²⁾.

c 2) § 56 I a BVG sieht vor, daß der Arbeitgeber hinsichtlich der Bestimmung der Lage der Arbeitszeit an den Betriebsrat gebunden ist. Zum Teil wird auch die Dauer hierunter gezogen ²⁶³⁾. Unter Dauer wird dann aber nicht die tarif- oder einzelvertragliche Pflicht zur Leistung von x Stunden pro Woche oder Monat, sondern die Dauer der täglichen Arbeitszeit verstanden. Warum allerdings gerade die tägliche Arbeitszeitdauer angenommen sein soll, ist unerfindlich. Lage und Dauer sind zwei nicht notwendig zusammenhängende Begriffe und lassen sich durchaus voneinander trennen; die Dauer ist logisches prius. Die Dauer der täglichen Arbeitszeit trägt im übrigen auch nicht überwiegenden Zweckmäßigkeitscharakter, wie die in dem § 56 sonst noch aufgezählten Tatbestände; bei

260) Andréé, Lohnausfallvergütung, S. 4; Krebs, Komm. zum AVAVG, § 117 Anm. 3; Strauss, AR-BI. Kurzarbeitergeld und Stilllegungsvergütung I, B I 1 c: Maschinenausfall durch Überholpausen, Inventur, Produktionsumstellungen usw., wohl aber Hochwasser, Schneefall, Explosionen, Brand u.ä. mehr, vgl. die bei Andréé und Krebs aaO. angeführten Beispiele.

261) Das stellt keine Vorwegnahme des Ergebnisses, nämlich der Zahlung von Kurzarbeitergeld in einem erweiterten Notlagebereich dar, sondern ist auf die notwendig umfassende Interessenabwägung zurückzuführen.

262) Auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 196 hält grundsätzlich eine Veränderung der vertraglichen Arbeitszeit über § 242 BGB für möglich, wenngleich seiner Auffassung nach die Rechtsgestaltung ohne Zutun des Arbeitgebers eintritt.

263) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 16 mit zahlreichen Weiterverweisen; Hilger, BetrBer 1950 S. 399; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 825; Nikisch, BetrBer 1953 S. 177, Rewolle, ArbUR 1959 S. 13; LArbG Bayern v. 17.4.1959 in SAE 1959 S. 153.

Zweckmäßigkeitsfragen wäre eine Betriebsratsmitwirkung denkbar und zu bejahen ^{264) 265)}.

Veränderungen der Lage der Arbeitszeit sind auch dann der Mitbestimmung unterworfen, wenn es sich nur um vorübergehende Regelungen handelt ²⁶⁶⁾. Hierfür spricht der uneingeschränkte Wortlaut des § 56 BVG. Die Normqualität von Betriebsvereinbarungen steht dem nicht entgegen; da die Adressaten nicht festliegen, sondern Entlassungen oder auch Einstellungen von neuen Kräften denkbar sind, die dieser Regelung dann unterfallen, sind beliebig viele Tatbestandsverwirklichungen möglich ²⁶⁷⁾. Diese Regelungen lassen sich durchaus von Entscheidungen in Einzelfällen unterscheiden. Ein Einzelfall wird dann geregelt, wenn nicht auf den Arbeitsplatz, sondern auf den einzelnen Arbeitnehmer abgestellt wird ²⁶⁸⁾. Die Mitwirkung des Betriebsrats in Einzelfällen würde die Beteiligung an der Betriebsleitung bedeuten und nicht mehr nur Ordnungsgestaltung sein ²⁶⁹⁾. Außerdem könnten die Ordnungsfunktionen aufweisenden Betriebsvereinbarungen sonst mit Gesetzen oder anderen Normen gar nicht kollidieren, was aber der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des § 56 BVG selbst für möglich gehalten hat; Der Vorrang zwingender Normen vor Einzelregelungen ist selbstverständlich ²⁷⁰⁾. Betriebsvereinbarungen

264) Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 28; Schulze-Reimpell, BetrBer 1961 S. 258.

265) Im Ergebnis ebenso: Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 134 f; Boers, BetrBer 1963 S. 562 ff; Dietz, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 16; Erdmann, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 10; Fauth, BetrBer 1962 S. 374; Meissinger, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 6; BARbG v. 8.10.1959 - 2 AZR 503/56 E Bd. 8 S. 143 = BetrBer 1959 S. 1137 = RdA 1960 S. 159 und v. 15.12.1961 - 1 AZR 310/60 in Betr 1960 S. 338 = BetrBer 1960 S. 295.

266) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 18 mit Weiterverweis; Rewolle, ArbuR 1959 S. 13; wohl auch Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, § 56 BVG Anm. 14. BARbG v. 25.10.1957 - 1 AZR 397/56 in AP Nr. 6 zu § 56 BVG = BetrBer 1957 S. 1180 = RdA 1958 S. 38. aA: Dietz, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 15; Erdmann, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 10; Nikisch, BetrBer 1953 S. 177; Siebert, BetrBer 1952 S. 951.

267) Eine Parallele bieten die Zeitgesetze.

268) vgl. BARbG v. 6.7.1962 - 1 AZR 16/10 = BetrBer 1962 S. 920.

269) Dietz, Festschrift für Nipperdey, S. 150.

270) Dietz, Festschrift für Nipperdey, S. 150.

müssen deshalb notwendig eine generelle Regelung enthalten, die konkret auf die Einzelsachlage abgestellt sein kann.

In Eil- und Notfällen sind wirksame Anordnungen auch ohne Zustimmung des Betriebsrats oder ohne formelle Abänderung einer bereits vorliegenden Betriebsvereinbarung zuzulassen²⁷¹⁾. Das Betriebsverfassungsgesetz soll nicht zum Nachteil aller betriebsnotwendige Maßnahmen hemmen, wie § 49 I BVG bestätigt²⁷²⁾. Sobald eine Beteiligung des Betriebsrats möglich ist, muß die gesetzlich geforderte Übereinstimmung hergestellt werden. Rückwirkende Kraft kann einer derartigen nachträglichen Abmachung nicht beizulegen sein; sie ist bei bloßer Tatsachengestaltung undenkbar.

d.) Die Kurzarbeit und bindende tarifliche Vereinbarungen insbesondere.

Tarifliche Zeitvereinbarungen, die relativ selten sind, könnten hinsichtlich der Zulässigkeit von Kurzarbeit eine andere Beurteilung notwendig machen, da sie normative Regelungen²⁷³⁾ zwingender Natur sind: § 1 Abs. I TVG²⁷⁴⁾. Eine Beseitigung der Normbindung etwa durch eine außerordentliche Kündigung ist kein generell gangbarer Weg, da die Not-

271) Diese formlose Eilentscheidung ist scharf von dem Fall einer formlosen (stillschweigenden) Zustimmung des Betriebsrats als einer möglichen Mitwirkungsform zu unterscheiden; zu letzterem vgl. das BARbG v. 15.12.1961 - 1 AZR 492/59 NJW 1962 S. 934.

272) Erblickt man in der Ausnutzung einer derartigen vorgegebenen Rechtslage nur Maßnahmen aufgrund Weisungsrecht, so ist ein Notstandsweisungsrecht vorläufiger Art ohne Bindung an den Betriebsrat zuzulassen: Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, Anm. 17 vor § 56; Maurer, ArbUR 1956 S. 143. Wie hier Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 132 f; Fauth, BetrBer 1962 S. 376. Auch das BARbG vom 15.12.1961 - 1 AZR 492/59 NJW 1962 S. 934 läßt eine vorläufige einseitige Regelung für den Fall zu, daß eine Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht zustande kommt, wobei allerdings die alsbaldige Anrufung der Einigungsstelle vorausgesetzt wird.

273) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 269; Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zum TVG, § 1 Anm. 114; Monjau, Komm. zum TVG, § 4 Anm. 10 aE; BARbG v. 14.7.1961 - 1 AZR 154/60 in NJW 1961 S. 1942 (Tarifverträge enthalten objektives Recht und sind Gesetze im materiellen Sinne).

274) Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zum TVG, § 4 Anm. 69: eine einseitige Verkürzung sei dann nicht möglich, wenn sie als Mindestarbeitszeit angesehen werden müsse.

lage nur eines Betriebes kein wichtiger Grund zur Kündigung der Bindung auch aller weiteren Tarifbeteiligten ist ²⁷⁵⁾. Fraglich ist, ob die Unabdingbarkeit durchbrechbar ist.

d 1) Geeignete Rechtsregel für Durchbrechungen von Normen ist ausschließlich § 242 BGB ²⁷⁶⁾, der auch nicht am zwingenden Charakter einer Vorschrift scheitert ²⁷⁷⁾, wenngleich hier besondere Vorsicht geboten ist. Dabei dient der § 242 sowohl zur Beseitigung der Regel wie auch als Grundlage zur Ausfüllung der eingetretenen Rechtslücke ²⁷⁸⁾. Beide Gesichtspunkte fließen ineinander.

Auch auf Tarifverträge ist § 242 anzuwenden ²⁷⁹⁾, und zwar sowohl auf die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen der Tarifparteien untereinander als auch - was hier von Interesse ist - auf die Normen, die durch die vertraglichen Vereinbarungen geschaffen werden können. Das ist die notwendige Folge der Annahme, Tarifvereinbarungen seien objektives Recht und Gesetz im materiellen Sinne.

Das nämliche muß auch von der Unzumutbarkeit als der speziellen Ausprägung des § 242 gelten. ²⁸⁰⁾

275) Es läßt sich aber auch nicht ableiten, daß deshalb, weil bei umfassenden Notlagen eine Durchbrechung der Tarifregelung nicht statthaft, sondern nur eine Kündigung zulässig sei, dies erst recht nicht bei schwierigen Situationen einzelner Betriebe der Fall sein könne, da wohl für jene, nicht aber auch für diese Notlagen eine Kündigung das geeignete Mittel der Anpassung ist.

276) Wieacker, Präzisierung, S. 21.

277) Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 33; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 17 mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

278) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch, AT I S. 213 mit 195.

279) Fechner, RdA 1950 S. 130; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. (2) S. 270; Nikisch, Lehrbuch, Bd. (2) S. 468.

280) aa: RArbG v. 23.2.1938 ARS Bd. 32 S. 206, das auch einen wirtschaftlich untragbaren Lohn durch die Unabdingbarkeit geschützt sieht. Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägungen scheiterten an der Unabdingbarkeit; so auch Nipperdey in der Anm. zu diesem Urteil. Zum gleichen Ergebnis kommt das RArbG v. 4.5.1933 in ARS 33 S. 211 (214), wo es noch einmal den Billigkeitsgesichtspunkt überprüft (zustimmend Dersch in der Anm. aaO.).

d 2) Eine Durchbrechung der Unabdingbarkeit unter Hintansetzung von Rechtsübersichtlichkeit und Rechtsbeständigkeit mit Hilfe des § 242 bzw. der Unzumutbarkeit ist nur dann möglich, wenn die Unabdingbarkeit nicht schon in § 242 Eingang gefunden hat, mit anderen Worten: wenn nicht bei der Interessenabwägung dieses Prinzip stets zu Gunsten der Arbeitnehmer zu beachten ist und ihm gegenüber keine anderen Interessen mehr Gewicht haben können.

Der Inhalt des § 242 BGB wird durch die geltenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit oder des besonderen Verkehrskreises geformt²⁸¹⁾. Das Tarifvertragsgesetz ist Ausdruck grundgesetzlichen Sozialstaats- Die Frage ist, ob das Tarifvertragsgesetz derartige Wertvorstellungen verkörpert. Das Tarifvertragsgesetz ist Ausdruck grundgesetzlichen Sozialdenkens²⁸²⁾. In den Art. 20 und 28 des Grundgesetzes hat die Rechtsgrundsatzqualität des Sozialstaatsgedankens ihren Niederschlag gefunden. Dieser Rechtsgrundsatz muß sich auch im Privatrecht und vornehmlich auf dem Gebiete des Arbeitsrechts wiederfinden²⁸³⁾. Die Generalklauseln sind die Eingangsstellen für diese rechtlichen Grundgedanken²⁸⁴⁾.

281) Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 1; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 109 aE und A 115.

282) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 36, 37; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 208; wohl auch Hecklinger, Diss., S. 32 u. 33; insbes. aber Reuss-Jantz, Sozialstaatsprinzip, S. 12 f und 18.

283) Es braucht hier nicht zu der Frage der Drittwirkung von Grundrechten Stellung genommen werden, da jedenfalls der Sozialstaatsgedanke als Rechtsgrundsatz - so Mangoldt-Klein, Komm. zum GG, Art. 20 Anm. VII 1 b mit zahlreichen Zitaten - eine über die Grundrechtsgewährung hinausgehende Grundhaltung der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck bringen und sich darum nicht allein als ein individueller Anspruch gegenüber den Hoheitsträgern darstellen kann; vgl. auch Reuss-Jantz, Sozialstaatsprinzip, S. 16 f.

284) Dieser Eingang in das Privatrecht wird bejaht von Frey, ArbUR 1961 S. 303 mit Weiterverweisen; Hecklinger, Diss., S. 61; Müller, Betr 1956 S. 524 mit Weiterverweisen und S. 550; Reuss-Jantz, aaO. S. 29; Soergel-Siebert, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 15, 23; vgl. auch Mangoldt-Klein, Komm. zum GG, Art. 20 Anm. VII 2 c 3; zur Vorsicht mahnend: Wieacker, Präzisierung, S. 8 f; auch vom BARbG wird immer wieder die rechtliche Bedeutsamkeit des Sozialstaatsprinzips hervorgehoben; vgl. etwa die Entscheidungen v. 3.12.1954 - 1 AZR 150/54 E Bd. 1 S. 185 (193) = BetrBer 1955 S. 128 = RdA 1955 S. 79 und v. 8.6.1955 - 2 AZR 14/54 E Bd. 2 S. 32 (34) = BetrBer 1955 S. 835 = RdA 1955 S. 319. Von besonderer Bedeutung dürfte hier eine Entscheidung des BVerfG v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/57 E Bd. 7 S. 198, 204 f = NJW 1958 S. 257 sein. In ihr stellt es heraus, es halte an der traditionellen Auffassung fest,

Wenn auch das Tarifvertragsgesetz den Sozialstaatsgedanken zum Schutze der Arbeitnehmer in besonderem Maße verkörpert, so ist sozial doch nicht stets gleichbedeutend mit dem Inhalt des Tarifvertragsgesetzes bzw. einer Regelung im Wege der Vereinbarung auf Grund dieses Gesetzes; sozial heißt nicht nur Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen - wenn auch vornehmlich ihr Schutz angestrebt ist -, sondern auch Beachtung der Interessen des anderen Sozialpartners ²⁸⁵⁾ und darüber hinaus vornehmlich auch Beachtung der Belange der Gesamtheit. Die weitgehend einseitig bevorzugende Lösung des Tarifvertragsgesetzes muß darum nicht notwendig über das Grundgesetz in den § 242 BGB Eingang gefunden haben, muß zum mindesten nicht unbedingt in jedem Falle gelten. Darum stellt sich hier die Frage nach dem besonderen Zweck der die Tarifabmachungen schützenden Unabdingbarkeitsklausel bzw., ob eine Durchbrechung der Klausel in den Betriebsrisikofällen deren Zweck vereiteln könnte.

Durch die Unabdingbarkeit soll der Arbeitnehmer einmal gegenüber dem Arbeitgeber geschützt werden, dessen wirtschaftliche Stärke leicht zu einer dem Arbeitnehmer ungünstigen Vertragsgestaltung führen könnte. Sie soll Schutz bieten gegen eine allzu unbeständige Vertragsgebundenheit bei Betriebskrisen, die den Gewinn schmälern und bei denen die Versuchung nahe liegt, die Belastung weiterzugeben und sie hat weiter auch den Zweck, dem Arbeitnehmer gegenüber seinen Arbeitnehmer-Kollegen Schutz zu gewähren, die in wirtschaftlich schlechten Zeiten bei großem Angebot auf dem Arbeitsmarkt den Preis für Arbeitsleistungen

daß Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind. Die Grundrechte seien aber als objektive Wertordnung eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Rechtsgebiete. Der Rechtsgehalt der Grundrechte entfalte sich deshalb mittelbar auch im Privatrecht, aber nur durch Vermittlung privatrechtlicher Vorschriften. Keine bürgerlich rechtliche Vorschrift dürfe zu ihnen im Widerspruch stehen. Sie seien in ihrem Geiste auszudeuten. Wenn aber das BVerfG sagt, daß Grundentscheidungen der Verfassung in allen Rechtsgebieten beachtlich seien, muß das in besonderer Weise von den tragenden Grundideen unserer Verfassung gelten.

285) Müller, Betr 1956 S. 549: kein Schutz des Schwachen unter Opferung des Partners.

drücken könnten; sie dient also dazu, den Wert der Arbeit und nicht zuletzt damit den sozialen Frieden zu erhalten.

Läßt man eine Durchbrechung der Unabdingbarkeit durch die Unzumutbarkeit zu, so garantiert die Interessenabwägung, daß ein Ausnutzen der wirtschaftlichen Stärke vermieden wird; die normale Krise bleibt weiterhin nicht abwälzbar. Der Betrieb kann aber dann gerettet werden, wenn die allgemeinen Opfer seine Erhaltung verbürgen. Die Gefahr eines Unterbietens der Arbeitnehmer untereinander ist hier kaum gegeben, da die Notlage regelmäßig nur bei dem einzelnen Betrieb besteht. Der Wert der Arbeitsleistung wird bei einer Durchbrechung der Zeitregelung nicht angetastet. Die Existenz der Arbeitnehmer wird durch die öffentlichen Zuschußzahlungen, die Kurzarbeitergelder, sichergestellt. M. E. muß das AVAVG auch hier wie bei der Verkürzung bloß vertraglich festgelegter Arbeitszeiten eingreifen²⁸⁶⁾. Der Sicherung des Existenzminimums dient das Tarifvertragsgesetz nicht²⁸⁷⁾; es hat Schutz gegen eine Ausbeutung durch unterwertige Bezahlung der "Ware" Arbeit zu bieten. Der Absicherung der Existenz dient die Hilfe nach dem AVAVG, das sonst überflüssig wäre. Schließlich käme es auch bei gegenteiliger Ansicht zu einem Widerspruch zwischen den Regeln der Zivilprozeßordnung und den tarifvertraglichen Vereinbarungen. Man hätte dann nämlich zwei Existenzminimumsgrenzen zu beachten. Sinn und Zweck des Kurzarbeitergeldes wird durch die hier vertretene Rechtsauffassung nicht verändert. Eine Durchbrechung der tariflichen Zeitvereinbarungen, gestützt durch das Kurzarbeitergeld, würde arbeitsmarktpolitisch unsinnige und wirtschaftsschädigende Entlassungen vermeiden helfen; den sozialen Gesichtspunkten trüge die Zahlung der Kurzarbeitergelder in hinreichendem Umfange Rechnung²⁸⁸⁾.

286) aA: Fangmeyer-Überall, Komm. zum AVAVG, § 120, Anm. 4; hierher tendiert Andrée, Lohnausfallvergütung, S. 7 im Hinblick auf vertragliche Ansprüche.

287) Man denke etwa an die durch das TVG geschützten, der Ausweitung des Sozialprodukts angeglichenen Löhne.

288) Der Schutz der Rechte Dritter des Art. 2 Abs. 1 GG endet da, wo er den Gemeinschaftsbestand bedroht: Maunz-Dürig, Komm. zum GG, Art. 1 Abs. 1 Anm. 70 c unter Hinweis auf das Bundesverwaltungsgericht.

d 3) Das hier gefundene Ergebnis zeigt zugleich, daß eine ungleichmäßige Kürzung von Zeit und Lohn jedenfalls dann nicht in Frage kommt, wenn der Lohn der zu leistenden Arbeit nicht mehr entsprechen würde. Der Wert der Arbeitsleistung darf m. E. nicht angetastet werden. Hier wäre die Gefahr gegeben, daß die recht fließende Grenze vom Opfer zur Ausnutzung und Ausbeutung überschritten würde. Eine derartige Notwendigkeit wiese zugleich auf eine die Erreichung des Opferziels in Frage stellende Finanzschwäche des Unternehmens hin. Kurzarbeitergelder können hier keinen Ausgleich bringen, da bei derartiger Finanzlage der Zweck der Zahlungen gefährdet wäre²⁸⁹⁾. Die Arbeitnehmerinteressen verbieten also die Durchbrechung der Unabdingbarkeit mit dem Ziele der Antastung des vereinbarten Stundenlohnes.

e.) Die Ruhegeldkürzung.

e 1) Die Zahlung von Ruhegeld erfolgt entweder auf Grund einer Vereinbarung, die eine Zahlungspflicht begründet²⁹⁰⁾, oder als Zahlung, auf die der Begünstigte keinen oder doch nur einen eingeschränkten Anspruch hat. Im letzteren Falle wurde bislang unterschieden, ob ein Widerruf nach freiem Belieben oder nach billigem Ermessen in Auslegung von § 315 BGB vorzunehmen sei²⁹¹⁾. Nach neuerer Rechtsauffassung ist je-

Darin liegt jedoch keine Parallele zu dem Fall der Tarifrechtsbeschneidung, denn es geht hier nicht um den Gemeinschaftsbestand auch nur einer beschränkten Gemeinschaft, sondern um den erhöhten Schutz, der dem Arbeitgeber als dem Betriebsinhaber zuteil wird.

289) Zwar bestimmt sich die Kurzarbeiterunterstützung allein nach dem augenblicklichen Verdienst im Verhältnis zum üblichen Lohn: André, Lohnausfallvergütung, S. 8; vgl. auch die Tabelle zum Kurzarbeitergeld, auf die § 121 Abs. 2 AVAVG verweist. Die Berechnungsbogen der Praxis gehen allerdings und m. E. zurecht von dem Stundenlohn aus.

290) Regelmäßig ist der Arbeitgeber nur bei entsprechendem Vereinbarungsinhalt verpflichtet: Hilger, Ruhegeld, S. 35 f und S. 38 Anm. 1. Schmidt, NJW 1950 S. 572; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 209ß; BARbG v. 13.7.1956 - 1 AZR 492/54 E Bd. 4 S. 360 = AP Nr. 15 zu § 242 (Ruhegehalt) = BetrBer 1956 S. 962.

291) Das freie Ermessen war lediglich durch Rechtsmißbrauch und Sittenwidrigkeit: Schmidt, NJW 1950 S. 571, bzw. durch Treu und Glauben überhaupt: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 439 mit Weiterverweisen, vgl. auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 314 begrenzt.

doch ein Widerruf stets und insbesondere bei bereits aufgenommenen Ruhegeldzahlungen nur nach billigem Ermessen möglich²⁹²⁾, weil die Rente den Lebensunterhalt von zumeist schon Arbeitsunfähigen sichere und daher eine besondere Rücksichtnahme auf die Rentenempfänger angezeigt sei²⁹³⁾. Jedenfalls ist bei Bestandsgefährdung des Betriebes ein Widerruf möglich²⁹⁴⁾, doch können u. U. hier auch leichtere Betriebsbelastungen zu Zahlungsänderungen führen.

Bei Zahlungen, auf die ein unbeschränkter Rechtsanspruch besteht, ist es streitig, ob eine Kündigung der Vereinbarung zuzulassen ist²⁹⁵⁾. Nikisch²⁹⁶⁾ und Hilger²⁹⁷⁾ wollen grundsätzlich keine außerordentliche Kündigung, sondern nur einen Widerruf zulassen, der je nach Lage zur bloßen Kürzung oder zur völligen Streichung führen könne. Beide Rechtsansichten bringen also das gleiche faktische Ergebnis; die letztere trägt aber einer möglichen Aufwärtsentwicklung des Betriebes besser Rechnung als eine bloße Beschränkung der außerordentlichen Kündigung. Die Gesundung des notleidenden Betriebes ist u. U. nur durch eine endgültige

292) Beine, AR-BI, Ruhegeld I Übersicht C II 2; Hilger, Ruhegeld, S. 144, 149 und 156 f; BARbG v. 14.12.1956 - 1 AZR 531/55 E Bd. 3 S. 327 = AP Nr. 18 zu § 242 (Ruhegehalt) = NJW 1957 S. 648 und v. 11.11.1960 = 1 AZR 243/60 in ArbuR 1961 S. 125. aa: Hueck in Anm. zu AP Nr. 18 zu § 242 (Ruhegehalt); Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 314, 328 mit Weiterverweis, sowie BARbG v. 22.11.1957 - 1 AZR 441/56 = AP Nr. 34 zu § 242 (Ruhegehalt) = BetrBer 1958 S. 343 = RdA 1958 S. 198.

293) Hilger, Ruhegeld, S. 138, 162.

294) Gros, Festschrift für Sitzler, S. 241 mit Anm. 30; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 439; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 70. Erfolgen die Zahlungen über rechtlich unselbständige Pensionskassen, so ist das Ergebnis nicht anders. Bei Zahlungen aus rechtlich verselbständigten Kassen gibt allein die Notlage der Kasse den Ausschlag; Gros, Festschrift für Sitzler, S. 244; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 450; Siebert, Festschrift für Sitzler, S. 263 f.

295) Molitor, RdA 1952 S. 126 f, will sie nur in seltenen Fällen zulassen; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 445 f bindet die Kündigung an besonders strenge Voraussetzungen, die allein mit schlechter Wirtschaftslage noch nicht vorlägen. Gegen eine Kündigung spricht sich u. a. Schmidt, NJW 1950 S. 573 mit Rechtsprechungsnachweisen in den Anm. 28 und 35 aus.

296) Lehrbuch, Bd. 1 S. 593.

297) Ruhegeld, S. 258 f, 265, 273

Beseitigung der Anspruchsgrundlage möglich (alterslastiger Betrieb!); eine falsche Einschätzung der zukünftigen Entwicklung könnte aber bei Zulassung von außerordentlichen Kündigungen die Rentner auch dann um ihre Pensionen bringen, wenn sie für den Betrieb, mit dessen Schicksal sie verbunden sind, wieder tragbar wären. Der Widerruf ist darum hier vorzuziehen und in Betriebsrisikofällen zuzulassen²⁹⁸⁾.

Ist in Betriebsrisikolagen ein Widerruf der Ruhegeldzahlungen zulässig, so sind bloße Kürzungen gleichermaßen zu gestatten²⁹⁹⁾.

e 2) Für den Umfang der Opferbeteiligung ist das Wesen der Ruhegeldzahlung von ausschlaggebender Bedeutung. Ruhegelder sind nämlich kein reines Arbeitsentgelt^{300) 301)}, sondern zusätzliche Leistungen³⁰²⁾, denen aber auch Entgeltseigenschaften nicht abzusprechen sind³⁰³⁾. Ihr Wesen als Fürsorge- (Unterhalts-) und Entgeltsleistung drängt einerseits

298) Dem entspricht, daß die Rechtsprechung, vgl. die umfangreichen Hinweise bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 70, eine Wiederaufnahme der Zahlungen nach Beseitigung der Risikolage verlangt.

299) Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 293 f; Heissmann, Ruhegeldverpflichtung, S. 72; Hilger, Ruhegeld, S. 273; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 448 mit Nachweisen in Anm. 65; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 593; Schmidt, NJW 1950 S. 571; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 666 und 590 mit zahlreichen Hinweisen.

300) hM: Hilger, Ruhegeld, S. 33; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 588; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 202 mit Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen; aA: Hagemann, Diss. S. 10; Herberger NJW 1954 S. 1919; Lemke, BetrBer 1957 S. 513 (auch er muß erhebliche Besonderheiten zugestehen), sowie LArbG Bayern v. 21.8.1958 ARSt XXII Nr. 65 = WA 1959 Nr. 121; weitere bei Staudinger-Weber, aaO., Anm. A 569.

301) Derartige Zahlungsversprechen werden als Anwartschaften angesehen, die allerdings durch jede ordentliche Kündigung zu beseitigen sind. Dem entspräche eigentlich eher eine bloße Rechtsaussicht auf Ruhegehalt (auch die Entscheidung des BARbG v. 16.3.1956 - GS 1/55 E Bd. 3 S. 1 = AP Nr. 1 zu § 57 BVG = RdA 1956 S. 268 trägt in dieser Richtung Zweifel), die die Treuepflicht des Arbeitgebers so gestalten könnte, daß dieser bei bestehendem Arbeitsverhältnis die einmal angesetzten Bedingungen nicht ohne weiteres zu Ungunsten des Arbeitnehmers abändern dürfte.

302) Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 209 mit Weiterverweisen.

303) Hilger, Ruhegeld, S. 33.

zu einer Behandlung, wie sie die Löhne erfahren, bedingt aber andererseits wegen des überwiegenden Fürsorgecharakters eine besondere Wertung. Sowohl Lohn- wie auch (u. U.) Ruhegeldzahlungen liegt eine Vertragspflicht zu Grunde und beide dienen jedenfalls gleichermaßen dem Lebensunterhalt. Aber die Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist doch weitaus strenger als die zwischen Arbeitgeber und Pensionär, die mehr Fürsorge- und damit Treuezüge trägt. Diese stärkere Treuebindung verlangt vom Pensionär in Risikolagen eine erhöhte Rücksicht³⁰⁴⁾, die um so größer sein muß, je geringer die Gebundenheit des Arbeitgebers zur Pensionszahlung ist. Die zusätzlichen Leistungen sind also eher der Gefahr einer Kürzung ausgesetzt als die Lohnzahlungen. Zudem begünstigen Gesamtheitsinteressen die Erhaltung von Arbeitsplätzen, so daß auch deshalb von einem Vorrang der Lohnzahlungen ausgegangen werden darf. Nach Molitor³⁰⁵⁾ wären aber Ansprüche auf Sonderzuwendungen stets - auch im Konkurs - erst nach allen anderen Forderungen zu befriedigen, da sie nur Schulden mit beschränkter Haftung seien. Die Folge wäre, daß zunächst die Pensionäre mit dem Risiko belastet werden müßten, bei ihnen also eine Opferbeteiligung aller übrigen Gläubiger des Arbeitgebers ausscheiden würde. Dieses höchst unsoziale Ergebnis kann nicht richtig sein. Ruhegehaltsverpflichtungen sind - soweit ihnen Ansprüche zu Grunde liegen - stets klagbar und vollstreckbar, ohne daß der Zugriff von vornherein auf ein bestimmtes Sondervermögen oder Vermögensstück als solches beschränkt wäre, was aber das Kennzeichen von Schulden mit beschränkter Haftung ist³⁰⁶⁾. Die Opfergrenze ist hier, weil Ruhegelder eben auch Entgeltcharakter haben, die gleiche wie bei den Lohnzahlungen. Das gleiche muß von der Opferbeteiligung gelten, denn es ist kein Grund zu sehen, wonach die Pensionäre die Schulden des Arbeitgebers bezahlen sollten³⁰⁷⁾. Die Ruhegeldzahlungen werden also auch im Konkurs nur gegenüber den Lohnzahlungen zurückgesetzt werden dürfen;

304) so im Ergebnis auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 70.

305) RdA 1952 S. 128.

306) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 10.

307) Nikisch, JZ 1952 S. 76.

im übrigen aber gelten die gleichen Grundsätze, wie sie für die Lösung der Betriebsrisikofälle allgemein herausgearbeitet wurden ³⁰⁸⁾.

e 3) Fraglich ist, ob die Pensionsausfälle später nachzuzahlen sind. Bei Rechtsansprüchen auf Ruhegeld wird die Nachzahlung zum Teil bejaht; ³⁰⁹⁾ ebenso bei Zahlungen, die im billigen Ermessen stehen ³¹⁰⁾. M. E. kann eine Nachzahlung nur aus der Treuepflicht herzuleiten sein, da der ursprüngliche Anspruch beschnitten oder weggefallen ist. Grundsätzlich wird bei den Fürsorgeleistungen eine Nachzahlung ausscheiden, da selbst auf besonders engen persönlichen Bindungen aufbauende Unterhaltszahlungen nur in beschränktem Umfange nachzuzahlen sind (vgl. die §§ 1711, 1613 BGB, 64 EheG), die Bindung der Pensionäre an den Arbeitgeber aber weitaus lockerer ist. Da zudem selbst der tätige Arbeitnehmer keine Nachzahlung der ausgefallenen Arbeit erwarten darf, sind Ruhegeldempfängern nur in krassen Sonderfällen Ausgleichsleistungen zu gewähren. Der Nachholbedarf allein ist hierfür keinausreichender Grund ³¹¹⁾.

f.) Die Gratifikationskürzung.

f 1) Was oben ³¹²⁾ hinsichtlich des Fortfalls bzw. der Kündigung von Ruhegeldansprüchen gesagt ist, gilt entsprechend für Ansprüche auf Gratifikationen ³¹³⁾, die auf das engste mit der wirtschaftlichen Lage des Betriebes verknüpft sind.

308) Den Lohnvorrang bejahen außer Molitor, RdA 1952 S. 128 auch G. Hueck, Betr 1956 S. 354 und LArbG Bremen v. 22.12.1948 RdA 1949 S. 428.

309) Beine, AR-Bl., Ruhegeld I Übersicht C I 2 aE; Molitor, RdA 1952 S. 128 soweit wirtschaftlich möglich; einschränkend Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 294 und Heissmann, Ruhegehaltsverpflichtungen, S. 72 f.

310) Molitor, RdA 1952 S. 128; aA: Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 295 (grundsätzlich).

311) aA: Molitor, RdA 1952 S. 128.

312) s. S. 73 ff.

313) Gros, Festschrift für Sitzler, S. 240; Hilger, BetrBer 1950 S. 820; Hohn, Beilage Nr. 7 zum BetrBer 1962 S. 4; Hotop, Die Beteiligung, S. 12; Molitor, RdA 1952 S. 126; Rewolle, BetrBer 1948 S. 471; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. 351. Nach Zigan, Die Weihnachts-

f 2) Eine andere Beurteilung erfährt der Kreis der Opferbeteiligten. Die Gratifikation ist ihrem Wesen nach nur zusätzliche Leistung³¹⁴⁾; daran scheitert es, sie insofern dem Lohn und dem Ruhegehalt gleichzustellen. Letztere gehen vor. Andernfalls könnte schon wegen der Sonderzuwendungen ein ganzes Unternehmen in kritischer Lage in Liquidation gehen³¹⁵⁾. Die Zurücksetzung der Gratifikation folgt also aus ihrem Wesen als zusätzliche Leistung und nicht etwa, weil sie eine Schuld mit beschränkter Haftung ist³¹⁶⁾.

f 3) Fraglich ist, ob die ausgefallenen Gratifikationen bei Besserung der wirtschaftlichen Lage nachzuzahlen sind. Der Anspruch ließe sich wieder nur aus der Treuepflicht herleiten. Hier wird zu unterscheiden sein, ob es sich um Gratifikationen mit überwiegend sozialem Charakter (z. B. Hilfen für an Festtagen vermehrte Ausgaben) oder überwiegend dem Entgeltscharakter (Dienst-Jubiläen) handelt. Im ersten Fall sind Nachzahlungen abzulehnen; in Notzeiten muß sich der Arbeitnehmer einschränken. Im zweiten Fall ist eine Nachzahlungspflicht denkbar. Das widerspricht nicht der Ablehnung der Nachzahlung von Löhnen und Pensionen. Bei Lohnkürzungen wird auch die Arbeitszeit entsprechend gekürzt. Der Arbeitnehmer muß also anders als hier seine Leistung auch nicht voll erbringen. Zudem wird ein Lohnausfall durch die Zahlung von Kurzarbeitergeld, eine Ruhegeldkürzung evtl. durch sonstige öffentliche Hilfe gemildert³¹⁷⁾.

gratifikation, S. 21 wäre der Arbeitgeber bei Kurzarbeit berechtigt, die Gratifikationen entsprechend zu bemessen. Das ist m. E. nicht zu billigen, wenn die Herabsetzung der Arbeitszeit nicht mehr andauert.

314) Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, IV Nr. 565; BArbG v. 29. 6. 1954 - 2 AZR 13/53 E Bd. 1 S. 36 = AP Nr. 1 zu § 611 (Gratifikation) = Betr 1954 S. 676.

315) Molitor, RdA 1952 S. 126 f; Rothe, BlStSozArbR 1954 S. 349.

316) aA: Molitor, RdA 1952 S. 128 in Übereinstimmung mit der Ansicht für Ruhegehälter. Eher könnte man von einer Art Rangordnung wie in der Konkursordnung sprechen.

317) Es ist also nicht Molitor, RdA 1952 S. 128 zu folgen, der grundsätzlich für eine Nachzahlung eintritt.

g.) Die Stundungseinrede.

Unter Stundung ist der nach Fälligkeit vereinbarte Aufschub der Leistungspflicht zu verstehen ³¹⁸⁾. Ein derartiges Stundungsrecht läßt sich aber auch aus § 242 BGB herleiten ³¹⁹⁾. Eine Notlage kann nämlich u. U. schon durch eine vorübergehende Zurückhaltung der Lohnzahlung abgewendet werden. Dabei ist weniger entscheidend, daß im Moment kein Geld vorhanden ist, als daß die Kreditkosten - im Hinblick auf die sonstigen Belastungen des Betriebes - den Betrieb ruinieren würden. Allerdings wird hier mit besonderer Strenge die Sicherung des Opferziels zu prüfen sein. Für die hier vertretene Auffassung spricht außerdem der parallel gelagerte Arbeitnehmeranspruch auf Vorschuß, der - aus der Fürsorgepflicht abgeleitet - in wirklich dringenden Fällen zu bejahen ist ³²⁰⁾. Das nämliche Recht der Rücksicht auf seine Belange muß auch dem Arbeitgeber zugebilligt werden.

Die einseitige Stundung setzt allerdings nicht notwendig eine Rechtsgestaltung durch den Arbeitgeber wie in den vorher besprochenen Fällen voraus. Sie stellt sich als eine aus § 242 BGB fließende Einrede gegenüber den Zahlungsansprüchen der Arbeitnehmer dar.

h.) Die Arbeitszeiterhöhung.

Aus der Ablehnung der Lohnnachzahlung ³²¹⁾ läßt sich nicht auch folgern, daß jedes Nachholen der ausgefallenen Arbeitszeit verwehrt wäre. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine echte Nachholung, weil kein Anspruch auf Leistung aufgespart wurde. Vielmehr wird ein derartiger

318) Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 305 Anm. 2 und § 202 Anm. 2; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 614 Anm. 13. Nach Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 178 ist u. U. nur ein Weigerungsrecht vereinbart und nicht die Fälligkeit hinausgeschoben.

319) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 147; König, RdA 1948 S. 56; OGH in NJW 1948 S. 523. aa: Staudinger-Mohnen, aaO. § 614 Anm. 13 sowie die überwiegende Lehre.

320) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 262 mit Anm. 106; Staudinger-Mohnen, aaO. § 614 Anm. 17.

321) siehe oben S. 77.

Rechtsanspruch aus dem Arbeitsvertrag³²²⁾ selbst hergeleitet, der über § 242 BGB eine entsprechende Umgestaltung erfährt³²³⁾. § 242 führt also hier zu einer Pflichtenbegründung bzw. -erweiterung³²⁴⁾.

h 1) Die Länge der (nachzuholenden) Arbeitszeit pro Tag wird durch die Arbeitszeitordnung begrenzt³²⁵⁾, wobei spezielle Schutzgesetze den Vorrang haben³²⁶⁾.

Da der Arbeitnehmer aufgrund einer vertraglichen Pflicht Zeit und Arbeitskraft aufwendet, ist die Nachholung zu entlohnen³²⁷⁾, wobei fraglich ist, ob lediglich als normale Arbeit, weil der Anspruch letztlich auf Einholung der Ausfälle geht, oder als über die normale Arbeitszeit hinausgehende Leistung. Da tatsächlich kein Anspruch auf Arbeit aufgespart, sondern ein neuer nachträglich zur Folgenbeseitigung begründet wurde, muß diese rechtliche Verschiedenheit auch dazu führen, daß die zusätzliche Arbeitsleistung hinsichtlich der Bezahlung allein im Verhältnis zur normalen (augenblicklichen) Arbeitszeit gewertet wird. Soweit es sich also danach um Mehrarbeit im Sinne der AZO handeln kann, muß-

322) Soweit keine ausdrückliche Regelung im Tarifvertrag oder Einzelvertrag enthalten ist.

323) Vgl. Denecke, Arbeitszeitordnung, § 14 Anm. 6; Gros, AR-Bl., Arbeitsausfall II, Betriebsstörung IV 1; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 192, 220 Anm. 3; Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 127; Staudinger-Weber aaO., § 242 Anm. A 479 mit Weiterweisen; LArbG Hannover v. 2.12.1953, BetrBer 1954 S. 98. Anders in der Begründung Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 292 f, der aber Auslegungsunsicherheiten auch nicht vermeiden kann, da nach ihm die Fürsorgepflicht die Schranken der Arbeitszeitordnung begrenzt.

324) Was allgemein rechtlich für möglich gehalten wird, vgl. Staudinger-Weber aaO, § 242 Anm. A 540 - 542.

325) In Frage kommt § 14, § 21 (in Notfällen und außergewöhnlichen Situationen ohne Zeitgrenze), die §§ 8 Abs. 1, II, 7 und 6. Nicht anwendbar ist hier § 4, da keine regelmäßige Verkürzung der Arbeitszeit vorlag, vgl. hierzu Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 119 f Anm. 19; ebenso wenig ist § 5 anwendbar, wie sich aus der Art der Betriebsbelastung ergibt.

326) Denecke, Arbeitszeitordnung, § 14 Anm. 8.

327) Insofern handelt es sich zunächst einmal um sog. Überarbeit, die die normale vertragliche Arbeitszeit überschreitet. Auch mit einem Gehalt sind üblicherweise Überstunden nicht mit abgegolten: LArbG Hamburg v. 31.8.1956 PraktArbR - AZO § 15 Nr. 79.

te grundsätzlich auch entsprechend der Regelung in § 15 AZO die Arbeit besonders vergütet werden, sofern nicht eine (tarif-) vertragliche Abmachung den Vorrang hat ³²⁸⁾. Eine Ausgleichung von Mehrarbeit mit ausgefallener Arbeit ist nämlich nur in den Ausnahmefällen zulässig, in denen der Arbeitsausfall nicht in den Gefahrenkreis des Arbeitgebers fällt ³²⁹⁾. Damit stellt sich die Frage, ob nicht die Ausgangssituationen der Betriebsrisikolagen unter die Begriffe Notfälle, Naturereignisse, Unglücksfälle oder andere unvermeidliche Störungen im Sinne des § 15 AZO ³³⁰⁾ zu ziehen sind, da hierfür keine Mehrarbeitszuschläge gezahlt werden müssen. Notfälle sind nach Denecke ³³¹⁾ dann anzunehmen, wenn Arbeiten durch ungewöhnliche, unvorhersehbare und plötzlich eintretende Ereignisse zur Abwendung eines Notstandes oder einer dringenden Gefahr veranlaßt und nicht nur dringlich sind. Nach Maus ³³²⁾ werden Notfälle durch einen vom Unternehmer nicht voraussehbaren ungewöhnlichen und gefahrdrohenden äußeren Umstand verursacht, so daß die notwendig werdenden Arbeiten zur Beseitigung eines Notstandes dienen. Das OLG Bremen ³³³⁾ deutet den Notfall als Notstand oder dringende Gefahr, wobei das auftretende Arbeitsbedürfnis außerhalb des Bereichs unternehmerischer Voraussehbarkeit liege. Das gleiche sagt das LArbG Hamm ³³⁴⁾. M. E. kennzeichnet den Notfall die Plötzlichkeit und Ungewöhnlichkeit des Ereignisses, dessen Schädlichkeit durch vernünftigerweise zu treffende Vorsichtsmaßnahmen nicht zu vermeiden war ³³⁵⁾.

328) ArbG Göttingen v. 20. 7. 1956, PraktArbR - AZO § 15 Nr. 78; übertarifliche Zahlung gilt nicht stets auch den Zuschlag ab; vgl. etwa LArbG Hessen v. 7. 12. 1949 AR-Bl., Arbeitszeit III, Verlängerung der Arbeitszeit, Entsch. 1.

329) BarBG v. 25. 7. 1957 - 2 AZR 93/56 E Bd. 4 S. 326 = AP Nr. 1 zu § 4 AZO = BetrBer 1957 S. 787; LArbG Düsseldorf v. 21. 3. 1957, PraktArbR - AZO §§ 1 - 14a Nr. 59; vgl. ArbG Flensburg v. 20. 10. 1955, PraktArbR - AZO § 15 Nr. 66.

330) die sich nicht mit den außergewöhnlichen Fällen des § 14 Abs. 1 AZO decken.

331) AZO, § 14 Anm. 2.

332) Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, VII A zu § 14 AZO Anm. 7, 8.

333) v. 16. 2. 1955, PraktArbR - AZO §§ 1 - 14a Nr. 28.

334) v. 17. 2. 1956, PraktArbR - AZO §§ 1 - 14a Nr. 42.

335) wie hier Farthmann, AR-Bl, Arbeitszeit III, Verlängerung der Arbeitszeit unter F II 1 und H I.

Damit dürfte ein großer Teil der Betriebsrisikofälle erfaßt sein. Soweit Naturereignisse Anlaß der Betriebsrisikosituationen sind, ist oben ³³⁶⁾ schon dargetan, daß auch sie rechtlich die gleichen Folgen haben; sie werden in § 15 besonders berücksichtigt. Unter "Unglücksfällen" und "unvermeidlichen Störungen" wird man die zufälligen Störungen und die Fälle höherer Gewalt einzureihen haben, die nicht schon durch die Begriffe "Notfälle" und "Naturereignisse" erfaßt sind.

Das Ergebnis ist also, daß "nachgeholte" Arbeit in der Regel nicht zuschlagspflichtig ist.

Die Nachholung muß allerdings, soweit sich nicht aus der Arbeitszeitordnung Fristen ergeben, innerhalb angemessener Frist erfolgen. Bei der Festsetzung der Arbeitszeit ist der Arbeitgeber im Rahmen des § 56 BVG wieder an den Betriebsrat gebunden ³³⁷⁾.

h 2) Auf die erhöhte Arbeitsleistung kann geklagt werden ³³⁸⁾. Das Rechtschutzbedürfnis für eine solche Klage ist, wie § 61 Abs. IV ArbGG bestätigt, zu bejahen, obwohl die Urteile, da § 887 ZPO wegen der Persönlichkeitsbindung im Arbeitsverhältnis nicht Anwendung finden kann ³³⁹⁾, nicht vollstreckbar sind.

Auch einstweilige Verfügungen sind möglich: § 940 ZPO ³⁴⁰⁾. In ihrem Rahmen ist § 888 ZPO anwendbar (§§ 936 und 928 ZPO). Das Fehlen einer Vollstreckungsmöglichkeit spricht nicht gegen die Zulässigkeit der

336) S. 5, aber auch S. 27 ff.

337) s. oben S. 66 ; aA: für die Fälle des § 14 AZO, Schlessmann, Betr 1959 S. 1254 ohne nähere Begründung.

338) h. M.: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 193; Nikisch, Lehrbuch Bd. 1 S. 281; LArbG Baden-Württ. v. 15. 12. 1958 RdA 1959 S. 318; LArbG Hamburg v. 9. 1. 1959 BetrBer S. 198.

339) Feller, RdA 1963 S. 129; einschränkend Marienhagen, BetrBer 1961 S. 757; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 281; LArbG Baden-Württ. v. 9. 4. 1963 BetrBer 1963 S. 516 f; LArbG Hamburg v. 9. 1. 1959 BetrBer 1959 S. 198; ArbG Gelsenkirchen v. 28. 3. 1957 PraktArbR - BGB § 613 Nr. 101; aA: Baumbach-Lauterbach, Komm. zur ZPO, § 888 Anm. 4 A und § 887 Anm. 6; LArbG Hannover v. 20. 6. 1955 S. 735.

340) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 193 mit Weiterverweisen; ArbG Köln v. 17. 7. 1959 Betr 1959 S. 1086; vgl. auch LArbG Frankfurt v. 5. 12. 1960 NJW 1961 S. 2132; aA: Feller, RdA 1963 S. 130; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 281; LArbG Hannover v. 20. 6. 1955 BetrBer 1955 S. 735.

einstweiligen Verfügung³⁴¹⁾. Ausschlaggebend ist die normalerweise zu erwartende Endentscheidung.

Auf Unterlassung von Nebenarbeiten, die mit der erhöhten Arbeitspflicht kollidieren, kann dagegen nicht geklagt werden. Zwei Arbeitsverhältnisse nebeneinander zu begründen, ist rechtlich zulässig³⁴²⁾. Die Arbeitspflicht aus dem Hauptarbeitsverhältnis entwickelt sich auch unabhängig davon, ob sie mit dem Nebenarbeitsverhältnis in Einklang zu bringen ist. Der Grund für die trotzdem anzunehmende Unklagbarkeit ist darin zu suchen, daß das Recht auf Mehrarbeit, dem die erhöhte Arbeitspflicht entspricht, ein positives Tun vom Arbeitnehmer verlangt und nicht primär auf ein Unterlassen gerichtet ist. Sekundäre, unselbständige Unterlassungspflichten sind aber nicht einklagbar^{343) 344)}; eine spezielle Treuepflicht dieses Inhalts besteht nicht. Dem Arbeitgeber bleibt nur der Weg, auf Leistung der Mehrarbeit zu klagen oder Schadenersatz zu verlangen.

h 3) Wird die Mehrarbeit verweigert³⁴⁵⁾, so kann der Arbeitgeber auch

341) LArbG Bremen v. 9.11.1955 AP Nr. 3 zu § 611 (Anspruch auf Arbeitsleistung); aA: Oehmann in Anm. zu ArbG Stade, AR-BI, Arbeitspflicht, Entschd. 1.

342) Gift, BetrBer 1959 S. 43; BArbG v. 19.6.1959 - 1 AZR 565/57 in AP Nr. 1 zu § 611 (Doppelarbeitsverhältnis) = Betr 1959 S. 1086 = NJW 1959 S. 2036.

343) Denecke, RGR-Komm. zum BGB, Anm. VI vor § 611; Feller, RdA 1963 S. 132; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 193 Anm. 60 mit Weiterverweisen; Koenigs, Betr 1955 S. 1065 (einschränkend); Lufft, RdA 1962 S. 266; Marienhagen, BetrBer 1961 S. 759, sofern kein Interesse über die Erfüllung hinaus gegeben ist; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 282 mit zahlreichen Hinweisen und in Anm. zu AP Nr. 14 zu § 611 (Anspruch auf Arbeitsleistung); Rewolle, BetrBer 1955 S. 1031; Staudinger-Neumann Komm. zum BGB, § 611 Anm. 152 mit Rechtsprechungsnachweisen; aA: Oertmann, JW 07 S. 672; Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 241 Anm. 4; ArbG Hamburg v. 14.7.1955 AP Nr. 2 zu § 611 (Anspruch auf Arbeitsleistung); ArbG Wetzlar v. 28.10.1955 BetrBer 1955 S. 1059; LArbG Hamburg v. 16.4.1962 BetrBer 1962 S. 1121.

344) Es kann daher nicht zur Überprüfung der Vollstreckbarkeit und einer etwaigen ausdehnenden Auslegung des § 888 II ZPO kommen.

345) Mit LArbG Düsseldorf v. 26.9.1958 BetrBer 1959 S. 635 wird ein hierauf gerichteter Wille vorauszusetzen sein.

fristlos kündigen³⁴⁶⁾. Nach § 626 BGB hat er ein solches Kündigungsrecht unabhängig davon, ob die Arbeit schuldhaft verweigert wurde oder nicht, ob die Arbeitsleistung noch nachholbar ist (also nur Verzug und nicht etwa Unmöglichkeit vorliegt) oder nicht. § 626 tritt hinsichtlich der Vertragsbeendigung, der Rücktrittsfolgen an die Stelle der Verzugs- bzw. der Unmöglichkeitensregelung³⁴⁷⁾.

Fraglich ist, ob im Bereich des § 123 GewO die "beharrliche Arbeitsverweigerung" verschuldet sein muß, oder ob die Rechtslage der Regelung des § 626 BGB entspricht; der Wortlaut des § 123 gibt keinen Hinweis. Die Bedeutung des Streites liegt darin begründet, daß die Aufzählung der wichtigen Gründe in § 123 GewO abschließend ist³⁴⁸⁾. Zum Teil wird nur eine objektive Verweigerung verlangt. LArbG Hannover v. 2.12.1953³⁴⁹⁾ und wohl auch ArbG Krefeld v. 4.11.1958³⁵⁰⁾ verlangen auf Seiten des Verweigernden nur eine Kenntnis der Tatumstände. Vom Reichsarbeitsgericht wird ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit vorausgesetzt³⁵¹⁾. Hueck³⁵²⁾ und Fröhler³⁵³⁾ fordern unter Hinweis auf § 326 BGB ein Arbeitnehmersverschulden. Müller³⁵⁴⁾ und das LArbG Baden-Württ.³⁵⁵⁾ stellen parallel zur außerordentlichen Kündigung des § 626 BGB allein auf die Unzumutbarkeit ab. Diese verwirrende Vielfalt der Ansichten läßt sich m. E. dadurch überwinden, daß man die Bedeutung des § 626 BGB klar herausstellt. Er soll nur die Art der Vertragsbeendigung vereinheitlichen, nicht dagegen ausschließliche Beendigungsvoraussetzungen aufstellen. Das nämlich gilt auch im Bereich

346) Überwiegende Ansicht mit BARbG v. 28.2.1958 - 1 AZR 491/56 AP Nr. 1 zu § 14 AZO = Betr 1958 S. 575 = RdA 1958 S. 360; vgl. die zahlreichen Zitate bei Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 747.

347) Pohle, Diss., S. 25.

348) BARbG v. 9.3.1961 - 2 AZR 129/60 NJW 1961 S. 1422.

349) in BetrBer 1954 S. 98.

350) WA 1959 Nr. 32.

351) RARbG v. 26.6.1929 ARS. Bd. 6 S. 342.

352) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 546.

353) in Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Komm. zur GewO, § 123 Anm. 6.

354) Betr 1957 S. 1102.

355) v. 28.9.1956 Betr 1956 S. 1112.

des § 123 GewO. Man wird sicher sagen können, daß jede schuldhafte Verweigerung der Arbeitsleistung als ein beharrliches, ernsthaftes Sich-Widersetzen anzusehen ist. Das Verschulden ist aber nicht notwendige Voraussetzung, sofern nur der Begriff der Unzumutbarkeit ausgefüllt ist ³⁵⁶⁾. § 123 GewO will eben nur - bei sachverhältnismäßig umrissenem Ausgangstatbestand - hinsichtlich der Folgen eine Vereinheitlichung bringen. Im Rahmen von § 123 GewO ist also eine Kündigung auch über eine (sorgsame) Abwägung der Interessen im Rahmen der Unzumutbarkeit möglich.

i.) Ordentliche Maßnahmen.

Ordentliche Maßnahmen des Arbeitgebers zur Vertragsgestaltung sind stets möglich. Sie allein reichen aber bei Betriebsrisikolagen nicht aus, um der Krise Herr zu werden. Dagegen ist es denkbar, daß sie mit außerordentlichen Maßnahmen kombiniert werden. Eine Darstellung sämtlicher ordentlicher Maßnahmen würde den Rahmen der Arbeit übersteigen; einzelne, die von besonderer Bedeutung sind, werden gesondert behandelt ³⁵⁷⁾.

II. Das Wirtschaftsrisiko

1. Ausgangsfälle.

Waren beim Betriebsrisiko technische Störungen die Ursache der Notlage, so ist hier Ausgangsort der Störungen von vornherein der wirtschaftliche Bereich. Bei den Betriebsrisikofällen war die Arbeit technisch unmöglich; hier ist sie zwar möglich, aber Rentabilitätsabwägungen sprechen gegen ihre Durchführung ³⁵⁸⁾; Arbeitsänderungen treten

356) denn der wichtige Grund braucht nicht in einem Verschulden des Arbeitnehmers zu liegen: BArbG v. 3. 11. 1955 - 2 AZR 39/54 E Bd. 2 S. 214 (216) = AP Nr. 4 zu § 626 = Betr 1955 S. 1068 = RdA 1956 S. 39.

357) vgl. unten Seite 92 ff. Dort werden auch die Versetzung und die Urlaubsänderung behandelt, die zwar in den Bereich der außerordentlichen Maßnahmen bei Betriebsrisikofällen hineinreichen, aber letztlich doch weniger auf diesem speziellen Sektor praktisch werden.

358) Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 70.

regelmäßig erst auf Entscheidungen der Betriebsführung hin ein. In beiden Fallgruppen geht es aber darum - und das kann nicht scharf genug betont werden -, die aus der wirtschaftlichen Überbelastung herrührenden Gefahren zu bannen.

Als Fälle des Wirtschaftsrisikos sind u. a. angesehen worden: Absatzmangel³⁵⁹⁾ und Auftragsrückgang³⁶⁰⁾, Kreditmangel, Verschlechterung der Wirtschaftslage im allgemeinen³⁶¹⁾ und ähnliche Fälle, die nicht auf ein Verschulden der Betriebsleitung zurückzuführen sind³⁶²⁾.

2. Die Unzumutbarkeit als Abwälzungsgrund.

a.) Bei der rechtlichen Bewertung dieser genannten Fälle geht es wie beim Betriebsrisiko um die Frage, wer die wirtschaftlichen Folgen dieser Schwierigkeiten auf sich zu nehmen hat und wann gegebenenfalls ihre Abwälzung möglich ist.

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko³⁶³⁾. Eine Abwälzung lediglich gewinnschmälernder oder die Vermögenssubstanz angreifender Belastungen ist darum nicht möglich³⁶⁴⁾. Gerät aber der Betriebsbestand in Gefahr, muß aus den gleichen Gründen wie beim Betriebsrisiko³⁶⁵⁾ der Arbeitnehmer mit belastet werden dürfen³⁶⁶⁾.

b.) Haupteinwände gegen eine Opferbeteiligung sind der Hinweis auf die Konkursordnung, außerhalb deren eine Mitbelastung nicht zulässig sei³⁶⁷⁾, und auf § 279 BGB. Auf ihn muß gesondert eingegangen werden, da noch

359) BarBG v. 8. 3. 1961 - 4 AZR 223/59 in NJW 1961 S. 1693 = RdA 1961 S. 258.

360) LArbG München v. 21. 8. 1951 AR-BI, Arbeitsausfall II Betriebsstörung, Entsch. 26.

361) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 S. 652 Fußn.

362) Staudinger-Weber, aaO, Anm. B 524.

363) siehe oben S. 10 ff.

364) Rentabilitätsabwägungen allein reichen für eine Abwälzung nicht aus; RG v. 30. 11. 1915 in RGZ Bd. 87 S. 351.

365) siehe oben S. 29 ff.

366) vgl. etwa RArbG v. 23. 4. 1932 ARS Bd. 16 S. 77 ff., v. 12. 10. 1932, ARS Bd. 17 S. 178 ff., v. 14. 6. 1933 ARS Bd. 19 S. 21 ff. (25) u. ö.

367) Hierzu ist oben schon Stellung genommen, vgl. S. 38 ff.

heute die arbeitsrechtlichen Lehrmeinungen bei den Fällen des Wirtschaftsrisikos sich nicht zu einer einheitlichen Lösung durchgerungen haben, und zwar vornehmlich soweit es um die Behandlung der Lohnzahlungspflichten geht.

So erklärt Nikisch³⁶⁸⁾, die allenfalls zuzulassende Form der Abwälzung sei die der außerordentlichen Kündigung. Hueck³⁶⁹⁾ meint, daß die Grundsätze des Betriebsrisikos nicht auch hier zur Lösung heranzuziehen seien; im Lehrbuch des Arbeitsrechts³⁷⁰⁾ erklärt er, daß eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage hier ebensowenig wie bei anderen Geldleistungen zu Kürzungen berechtige³⁷¹⁾. Schnorr v. Carolsfeld nimmt in seinem Lehrbuch³⁷²⁾ ausdrücklich Bezug auf § 279 BGB, um einen Lohnfortfall zu verneinen.

Die Unzumutbarkeit erfaßt m. E. aber jede Art von Leistungen. Die Anwendung von § 279 BGB hat da zurückzutreten, wo echte Unzumutbarkeit vorliegt^{373) 374)}. Daher wird man mit Lehmann³⁷⁵⁾ und Jorns³⁷⁶⁾ die wohl noch herrschende Auffassung ablehnen müssen. Das rechtlich Wesentliche bei der Lösung der Fälle des Betriebsrisikos wie der des Wirtschaftsrisikos ist die für den Arbeitgeber untragbare Belastung³⁷⁷⁾, die mit Sicherheit den Betriebsruin herbeiführt, wenn er ohne Hilfe bleibt. Diese untragbare, unzumutbare wirtschaftliche Belastung ist es,

368) In Anm. zu LArbG Hamburg RdA 1948 S. 36 und Lehrbuch, Bd. 1 S. 609, ebenso das LArbG Hamburg v. 22.3.1947 RdA 1948 S. 144 ff.

369) DAR 1933 S. 80 f.

370) Bd. 1 S. 317.

371) Ähnlich in der Anm. in ARS Bd. 12 S. 259; ebenso Maus-Groß-Revolle-Thiele, Handbuch, IV Rand-Nr. 261.

372) S. 224.

373) vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 193; Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 279 Anm. 2; Siebert-Soergel, Komm. zum BGB, § 279 Anm. 2 und 4.

374) Welchen Inhalt die Unzumutbarkeit im Arbeitsvertragsrecht bei Fällen übermäßiger wirtschaftlicher Strapazierung des arbeitgeberseitigen Risikos hat, ist oben S. 33 - 53 ausführlich dargestellt.

375) NZfA 32 S. 10.

376) Das Betriebsrisiko, S. 151.

377) Das wird ganz richtig vom LArbG Stuttgart v. 28.4.1948 AR-B1, Arbeitsausfall II Betriebsstörung, Entsch. 15, erkannt.

die bei den Betriebsrisikolagen die Rechtsfolgen bestimmt; sie muß demnach auch hier dieselben Folgen herbeiführen³⁷⁸⁾, wieweil die Fragen eines Arbeitgeberverschuldens (verzögerte Produktionsumstellung !) und der Opferzielerreichung besonders sorgfältig zu prüfen sein werden³⁷⁹⁾.

3. Die Folgen der Wirtschaftsrisikolagen.

a.) Die außerordentliche Kündigung.

Die außerordentliche Kündigung wird ganz allgemein von Lehre und Rechtsprechung für zulässig gehalten³⁸⁰⁾. Man erkennt also an, daß ein wichtiger Grund, also Unzumutbarkeit, gegeben sein kann³⁸¹⁾.

b.) Leistungskürzungen und sonstige Folgen.

Als solche kommen in erster Linie Lohnkürzungen in Betracht³⁸²⁾. Dabei sind auch hier wieder von besonderer Bedeutung die Zahlungen von Kurzarbeitergeld bei betriebsunüblichen Notlagen, bei Arbeitsman-

378) RG v. 30.4.1935 RGZ Bd. 148 S. 92.

379) Vgl. auch Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 152 und Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 511. Zu recht weist auf diesen Gesichtspunkt Esser besonders hin, wenn er bei der Besprechung der wirtschaftlichen Folgen von Arbeitskämpfen im Bereich der Lieferverträge in JZ 1963 S. 491 sagt: "...der Begriff der Zumutbarkeit verlangt das Eingehen auf die individuelle Lage und zwar nicht nur darauf, wie sie ist, sondern auch, wie sie herbeigeführt wurde ... der Schuldner (kann) eine von ihm selbst herbeigeführte überobligationsmäßige Schwierigkeit nicht als Unrechtsentlastung anführen..."

380) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 317; Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 151; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, IV Rand-Nr. 261; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 609; Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 615 Anm. 70 mit Weiterverweisen. RArbG v. 10.10.1931 ARS Bd. 13 S. 308 u. ö.; LArbG Hamburg v. 22.3.1947 RdA 1948 S. 144.

381) Eine gewisse Mittelstellung zwischen den Fällen des Wirtschaftsrisikos und denen des Kollektivhandelns nimmt die Druckkündigung ein. Sie wird darum unten S. 186 gesondert besprochen werden.

382) Sie werden zugelassen von Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 151; Lehmann, NZfA 32 S. 10; auf Lehrlinge beschränkt von Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, IV Rand-Nr. 262; RArbG v. 6.6.1931 ARS Bd. 12 S. 256; v. 19.9.1931 ARS Bd. 13 S. 160 (165) u. ö.; RG v. 30.4.1935 RGZ Bd. 148 S. 92; aA: zu Unrecht die wohl noch herrschende Meinung siehe oben S. 87.

gel auf Grund der allgemeinen Wirtschaftssituation, bei Auftrags- und bei Absatzmangel, bei unvermuteter verspäteter Auftragserteilung, bei Exportverringerung und mangelndem Eingang von Außenständen, so daß kein ausreichendes Betriebskapital vorhanden ist, bei Kapitalknappheit als allgemeiner Erscheinungsform u.ä.m. ³⁸³⁾.

Hinsichtlich der übrigen Folgen einer Wirtschaftsrisikolage kann auf die Darstellung beim Betriebsrisiko ³⁸⁴⁾ Bezug genommen werden.

III. Zwischenergebnis.

Zusammenfassend ist festzustellen: Betriebs- und Wirtschaftsrisikofälle lassen sich auf einheitlicher Rechtsgrundlage und mit den gleichen Folgen zufriedenstellend lösen, wenn hierzu die Unzumutbarkeit herangezogen wird. Diese gibt dem Arbeitgeber die nötige Freiheit in der Gestaltung der Vertragsbeziehungen und trägt auch am besten den Interessen der Arbeitnehmer Rechnung. Zugleich werden über § 242 BGB Gesamtheitsinteressen für den Einzelvertrag aktualisiert, indem sie den Arbeitgeberinteressen besonderes Gewicht verleihen. Ein Zurückgreifen auf den Begriff der Betriebsgemeinschaft ist dagegen im Rahmen der auf der Einzelvertragsebene sich abwickelnden Abwälzung nicht möglich und nicht notwendig.

Hinsichtlich der rechtlich möglichen Folgen solcher betrieblicher Notlagen ist hervorzuheben, daß die Unzumutbarkeit vertragliche Gestaltungen in einem weiten Rahmen zuläßt. Sie reichen von der gänzlichen Lösung der Vertragsbande bis zur Kürzung oder Erhöhung einzelner vertraglicher Rechte und Pflichten. Da Ursache und zur Lösung der Konfliktsituation zur Verfügung stehendes rechtliches Mittel bei Betriebs- und Wirtschaftsrisikofällen einander entsprechen, sind auch die Folgen die nämlichen.

383) Vgl. Fangmeyer-Überall, Komm. zum AVAVG, § 117 Anm. 3 mit Weiterverweisen; Krebs, Komm. zum AVAVG, § 117 Anm. 3 mit Weiterverweisen.

384) Siehe oben S. 62 ff.

Sind bei den Betriebsrisikotlagen schon solche ausgeschaltet, die auf ein Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten zurückgeführt werden können ³⁸⁵⁾, ist diesem Gedanken bei den Notlagen in dem Bereich des Wirtschaftsrisikos in gleichem, wenn nicht in verstärktem Maße Augenmerk zu schenken. Naturgewalten - diese sind wohl die häufigste Ursache der Notstände in Betriebsrisikofällen - wird der Mensch und sein Werk stets in mehr oder minder großem Umfange ausgesetzt sein. Echte Wirtschaftsrisikofälle werden dagegen weitaus seltener angenommen werden können, da die Beschaffung des Kapitals, das für das weitere Wirtschaften notwendig ist, regelmäßig ein Problem der richtigen Kalkulation und Abschätzung der eigenen und der gesamten wirtschaftlichen Weiterentwicklung ist. Hier ist der ureigenste unternehmerische Bereich kaufmännischen Kontaktes zum Markt; hier wird man daher auch vom Unternehmer ein besonders umsichtiges Verhalten verlangen dürfen. Ist die wirtschaftliche Misere des Betriebes von ihm gröblich verschuldet, hat er eine Abwälzung der Betriebsnot nicht zu beanspruchen. Damit wird keiner richterlichen Einschränkung und Kontrolle unternehmerischer Ermessensfragen und unternehmerischer Intuitiventscheidungen, wie sie bei langfristiger Unternehmensplanung immer notwendig sein werden, das Wort geredet. Eine solche Nachprüfung würde gerade in diesem Bereich auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. Es darf jedoch auch nicht so sein, daß vernunftwidrige wirtschaftliche Maßnahmen, die eine Notlage des Betriebes verschuldet haben, der richterlichen Wägung entzogen sind und so die Arbeitnehmer in Fällen wirtschaftlicher Not des Unternehmers stets dessen Handlungsweise ausgeliefert sind. Man wird daher auch sagen müssen, daß Entscheidungen des Unternehmers in gutem Glauben und auf Grund einer ernstlich vorgenommenen Prüfung gewonnen und im Streitfall mit sachlichen Gründen belegt werden müssen ³⁸⁶⁾.

385) Vgl. oben S. mit Anm. 3; jedes Verschulden auf Arbeitgeberseite kann sich hier naturgemäß weitaus breiter auf die Vertragsbindungen auswirken als etwa ein Verschulden eines einzelnen Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber im Gegensatz zu seinen Arbeitskräften in einer Vielzahl von arbeitsvertraglichen Bindungen steht.

386) Der Unternehmer trägt also die Beweislast.

Die Untersuchung der Folgen der Notlagen hat gezeigt, daß dem Handeln des Arbeitgebers trotz der nunmehr benötigten Freiheit in den Maßnahmen zur Abwendung der Bestandsgefahr feste Schranken gesetzt sind. Er darf sich nicht über berechnigte individuelle Belange seiner Vertragspartner hinwegsetzen. Die so gefundene Eingrenzung der Mitbelastung des Arbeitnehmers richtet sich an dessen Interessen aus und führt zu einer umfassenden Betrachtung³⁸⁷⁾ und einer sorgfältigen Abwägung, bei der der betriebliche Ordnungsgedanke in besonderer Weise maßgebend wird³⁸⁸⁾. Die Sorgfalt der Erwägung der beiderseitigen Belange führt zugleich zu einer zeitlichen Begrenzung der Risikomitbelastung, die an den richtig gewerteten Fristen ordentlicher Kündigungen einerseits und wegen der Not des Betriebes an der Versagung einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung andererseits ausgerichtet ist³⁸⁹⁾. Daß dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer fristlosen außerordentlichen Kündigung nicht geboten ist, gründet in der Verwendung des Begriffes der Unzumutbarkeit bei der Abwälzung der Betriebsnot. Die Unzumutbarkeit ist das Rechtsinstitut, das es dem Träger betrieblichen Risikos in bestimmten Ausnahmefällen ermöglicht, das ihn treffende Risiko um der Betriebserhaltung willen in beschränktem Maße zu teilen. Diese Teilung geschieht jedoch in einer Weise, die vom Vertragspartner nichts Unmögliches, nichts ihm nicht Zumutbares verlangt. Das Rechtsinstitut der Unzumutbarkeit wird³⁹⁰⁾ zu einem Instrument des übermäßig Belasteten, mit dem er sich von starren Bindungen, die nur zu überobligationsmäßigen Schwierigkeiten führen würden, zu befreien vermag. Sie ist damit von vornherein einseitig tendiert und erlaubt nicht zugleich auch außerordentliche Maßnahmen des anderen Vertragspartners³⁹¹⁾. Die außerordentlichen Maßnahmen, die der Arbeit-

387) Siehe oben S. 43 ff.

388) Siehe oben S. 51 f.

389) Siehe oben S. 45 f und 52 f.

390) wie man das schon von der außerordentlichen Kündigung etwa wegen Beleidigung her kennt.

391) die ebenfalls wiederum an eine subjektive Einstellung zu knüpfen wären.

geber in seiner Not treffen darf, kann man kaum in ein stets geltendes System besonders schwerer und besonders leichter Gestaltungsrechte trennen. Wenn in der Besprechung der Notlagefolgen zunächst auf die Lösung der vertraglichen Bindung eingegangen und danach die sonstigen Möglichkeiten besprochen wurden, so soll damit nicht etwa gesagt sein, daß die Entlassung immer und stets als die den Arbeitnehmer am schwersten treffende Maßnahme anzusehen ist. Im Hinblick auf den Vertrag ist sie zweifelsohne die einschneidendste, da sie zu seiner Beendigung führt. Im Einzelfall kann sie dagegen den Arbeitnehmer in weitaus geringerem Maße treffen als etwa eine über eine bestimmte Zeit hinweg durchgeführte Lohnkürzung. Darum gibt der Unzumutbarkeitsbegriff nicht nur generell bei der Ziehung der Risikogrenze, sondern in logischer Fortsetzung auch bei der Folgenbestimmung den Ausschlag ³⁹²⁾.

Die praktischen Vorzüge der hier vertretenen Einheitstheorie liegen auf der Hand: Wirtschaftliche Notlagen, mögen sie als Betriebs- oder Wirtschaftsrisikofälle einzugruppieren sein, sind mit Hilfe eines Rechtsinstituts zu lösen, das unter Beachtung der beiderseitigen Interessen bei möglichst weitgehender Erhaltung der Vertragsbindung die für die betriebliche Praxis notwendige Bewegungsfreiheit gewährt und zugleich in angemessener Weise dem Richterspruch unterworfen ist.

IV. Sonstige Betriebsstörungen technischer und wirtschaftlicher Art.

1. Die Änderungskündigung.

Die Änderungskündigung ist eine echte Kündigung. Mit ihr erstrebt der Arbeitgeber eine Veränderung der Arbeitsbedingungen, notfalls um den Preis des Verlustes der Arbeitskraft. Der dadurch ausgeübte Druck soll der Durchsetzung seiner Absichten dienen. Häufig wird es eine Veränderung des Lohnes sein, in anderen Fällen eine Veränderung der Arbeitsaufgaben, zumeist also die Veränderung von bestimmten Vertragsbedingungen, die unter den gegebenen Umständen für den Betrieb nicht mehr zweckmäßig sind. Trotzdem

³⁹²⁾ Siehe oben S. 41

handelt es sich nicht etwa nur um eine Teilkündigung³⁹³⁾, die wohl rechtlich möglich ist³⁹⁴⁾, hier aber deshalb nicht gewollt ist, weil die Vertragslösung bewußt als Druckmittel benutzt werden soll. Mit ihr strebt der Arbeitgeber eine neue Gesamtvereinbarung an. Nur wenn eine Einigung zustande kommt, wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt³⁹⁵⁾, gleichgültig, ob eine Dauerregelung bestimmter Fragen angestrebt ist oder nicht; eine bloße Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses kann allerdings auf diesem Wege nicht erreicht werden.

a.) Die rechtliche Konstruktion.

Bislang wurden zwei Auffassungen vertreten: die einer unbedingten Kündigung mit nebenherlaufendem Vertragsangebot und die einer arbeitnehmer-potestativ aufschiebend bedingten Kündigung^{396) 397)}. Beide Konstruktionen unterscheiden sich jedoch schon hinsichtlich ihrer tatsächlichen Voraussetzungen und sind außerdem auch für die Rechtspositionen nicht ohne Bedeutung. So verlangten das Reichsarbeitsgericht³⁹⁸⁾ und Hueck³⁹⁹⁾ bei bedingter Kündigung die sofortige Bekanntgabe der neuen Arbeitsbedingungen, damit der Arbeitnehmer von Anfang an in der Lage sei zu beurteilen, ob die Bedingung eintreten werde. Aus dem beiden Wegen zu Grunde liegenden Willen und Zweck versucht Nikisch⁴⁰⁰⁾,

393) Monjau, Betr 1959 S. 707; LArbG Frankfurt v. 30.8.1954 PraktArbR 1959 - KSchG zu § 1 Nr. 146.

394) Vgl. Gutekunst, RdA 1959 S. 369 ff. und Schlessmann, Betr 1959 S. 977 f; BArbG v. 4.2.1958 - 3 AZR 110/55 AP Nr. 1 zu § 620 BGB (Teilkündigung) = RdA 1958 S. 358 und v. 17.4.1959 - 1 AZR 83/58 E Bd. 7 S. 340 = Betr 1959 S. 767 = RdA 1960 S. 239.

395) Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 269.

396) Vgl. Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 272 ff; LArbG Hamburg, v. 12.5.1948 - PraktArbR 1959 - KSchG, § 1 Abs. 1 Nr. 11. Beide Wege halten für möglich: LArbG Bremen v. 24.11.1948 - PraktArbR 1959 - KSchG § 1 Abs. 1 Nr. 14 und LArbG München v. 4.9.1953 aaO Nr. 104.

397) Kündigungen sind nicht schlechthin bedingungsfeindlich: LArbG Düsseldorf v. 3.7.1956 PraktArbR 1959 - KSchG, § 1 Abs. 1 Nr. 221; LArbG Kiel v. 22.7.1952 aaO. Nr. 79. Eine an den Willen des Arbeitnehmers gebundene Bedingung ist jedenfalls zulässig: LArbG Hamm v. 12.5.1956 aaO. Nr. 216 und führt keine Ungewissheit der Erklärung des Arbeitgebers herbei: LArbG Düsseldorf v. 12.1.1954 aaO. Nr. 118.

398) v. 2.11.1932 ARS Bd. 16 S. 288.

399) In Anmerkung zum eben genannten Urteil.

400) Festschrift für Sitzler, S. 274.

die unbedingte Kündigung wie eine bedingte zu behandeln. Dem ist nicht zu folgen. Zur Kündigung gehört nicht notwendig auch ein (neues) Vertragsangebot, damit sie Rechtswirkungen entfalten kann; aus dem Zweck heraus bilden unbedingte Kündigung und Angebot keine Einheit; der grundsätzlich auf Arbeitsfortsetzung gerichtete Willé des Arbeitgebers kann zwar die beiden Rechtsgeschäfte zusammenfügen, macht aber das eine nicht vom anderen abhängig, gleichgültig wann das neue Angebot erfolgt - sofern keine Verknüpfung durch eine Bedingung erfolgt.

Die dem Wesen der Änderungskündigung gerecht werdende Konstruktion ist allein die einer bedingten Kündigung⁴⁰¹⁾. Jede andere Auffassung verkennt, daß eine Kündigung durch die dann auch zuzulassende nachträgliche Beifügung eines neuen Angebots geschwächt würde, was aber ebenso wie eine einseitige Rücknahme einer Kündigung nicht möglich sein kann⁴⁰²⁾. Die Änderungskündigung ist ein einheitlicher Lebensatbestand⁴⁰³⁾, der Kündigung und Angebot umschließt⁴⁰⁴⁾. Das Angebot muß aber nicht während des gesamten Fristablaufs fortgelten.

b.) Formen der Änderungskündigung und der Kündigungsgrund.

b 1) Die Änderungskündigung ist als ordentliche und als außerordentliche Kündigung denkbar. Sofern eine unzumutbare Situation angenommen werden kann, ist eine fristlose Änderungskündigung zuzulassen⁴⁰⁵⁾, im übrigen sind die Vorschriften für ordentliche Kündigungen zu beachten. Auch Änderungskündigungen unterfallen den Bestimmungen des Kündi-

401) Galperin, Betr 1958 S. 800.

402) Eine einseitige Rücknahme einer Kündigung wird von der ganz herrschenden Meinung abgelehnt: Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, Vorbem. 75 vor §§ 619 ff.

403) Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 1 Anm. 30b; Galperin, Betr 1958 S. 800 unter Hinweis auf BARbG v. 1.2.1957 - 1 AZR 521/54 E Bd. 3 S. 266; aA: Frey, ArbUR 1958 S. 97.

404) Ob sie sich von der vorsorglichen Kündigung dadurch unterscheidet, weil diese unter Rücknahmeverbehalt unbedingt ergangen sein müßte, so ArbG Flensburg v. 19.4.1956 PraktArbR 1959 - KSchG § 1 Abs. 1 Nr. 214, kann dahingestellt bleiben; m.E. ist das mehr eine tatsächliche Frage.

405) Gutekunst, Betr 1960 S. 815; Staudinger-Weber, Komm. zum BGB § 242 Anm. A 730; BARbG v. 14.10.1960 - 1 AZR 255/58 BetrBer 1961 S. 177.

gungsschutzgesetzes⁴⁰⁶⁾, dessen Sinn in dem Schutz des Arbeitsplatzes⁴⁰⁷⁾ in einem abgegrenzten Umfange liegt⁴⁰⁸⁾.

b 2) Fraglich ist, welche Anforderungen an den Kündigungsgrund zu stellen sind, ob insbesondere bei ordentlichen, dem Kündigungsschutzgesetz unterfallenden Kündigungen die Kündigungsgründe nicht stets den Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes entsprechen müssen, was damit zu begründen wäre, daß es eben doch zu einer Entlassung des Arbeitnehmers kommen kann⁴⁰⁹⁾. Hiergegen spricht schon, daß sich bereits aus § 242 eine Milderung der Anforderungen an den Kündigungsgrund ableiten ließe⁴¹⁰⁾; man braucht aber gar nicht auf die Generalnorm zurückzugreifen. Aus der Einheit von Kündigung und Angebot sowie aus dem Willen des Kündigenden, den Vertrag fortzusetzen und nicht nur aufzulösen, läßt sich ableiten, daß das Primäre die Änderung ist. Von der Entlassung kann dagegen nicht ausgegangen werden; sie ist nicht das Primärziel. So kommen denn zu Recht überwiegend auch Lehre und Rechtsprechung⁴¹¹⁾ bei ordentlichen Kündigungen zu einer Inter-

406) Allgemeine Meinung in Literatur und Rechtsprechung, vgl. die Hinweise bei Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 1 Anm. 30.

407) nicht der Lohnhöhe: Hiersemann, BetrBer 1959 S. 1143.

408) BARbG v. 8.10.1959 - 2 AZR 501/56 E Bd. 8 S. 132 = BetrBer 1959 S. 1249 = NJW 1960 S. 67 und v. 15.9.1961 - 1 AZR 157/60 ArbuR 1961 S. 315.

409) So Frey, ArbuR 1958 S. 97 ff. und diejenigen, die von einer Gleichwertigkeit von Änderung und Kündigung ausgehen: Gramm, Betr 1954 S. 721, LArbG Frankfurt v. 11.3.1954 BetrBer 1954 S. 687 und wohl auch LArbG Mannheim v. 18.11.1955 BetrBer 1956 S. 339; zweifelhaft ist, ob auch das Urteil des BARbG v. 15.2.1957 - 1 AZR 391/55 E Bd. 4 S. 22 = Betr 1957 S. 431 = BetrBer 1957 S. 511 hierher zu rechnen ist.

410) Wendt, ArbuR 1954 S. 292 für § 1 Abs. 2 KSchG.

411) Vgl. etwa Hilger, BetrBer 1957 S. 547; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 1 Anm. 30a; Tophoven, Betr 1960 Beilage Nr. 16 S. 7; BARbG v. 12.1.1961 - 2 AZR 171/59 in AP Nr. 10 zu § 620 BGB (Änderungskündigung) = Betr 1961 S. 473; BARbG v. 4.2.1960 - 3 AZR 25/58 NJW 1960 S. 2070; LArbG Bremen v. 17.4.1957 BetrBer 1957 S. 547; LArbG Düsseldorf v. 26.10.1955 BetrBer 1956 S. 110; LArbG Kiel v. 22.7.1952 in AP 1953 Nr. 101. Wenn Böttcher, Festschrift für Molitor, S. 127 f sich gegen eine Interessenabwägung zur Feststellung, ob betriebsbedingt gekündigt werden konnte, wendet und sie nur zur sorgfältigen Herausarbeitung der gesetzlichen Voraussetzungen solcher sozial gerechtfertigter Kündigungen zulassen will, in denen bereits das Gesetz

essenabwägung und tragen auf diese Weise dem Primat des Änderungsstrebens Rechnung, wie überhaupt das Bestreben allgemein dahin geht, die gleiche Strenge wie bei ordentlichen Kündigungen zu vermeiden ⁴¹²⁾.

Bei ordentlichen Kündigungen ist das Kündigungsschutzgesetz Ausgangspunkt, das betriebs- und personenbedingte Kündigungen kennt. Wirtschaftliche Not berechtigt zu ordentlichen (betriebsbedingten) Kündigungen und ist daher auch ein Grund zu einer ordentlichen Änderungskündigung ⁴¹³⁾. Zwar reicht nicht schon jede kurzfristige Marktflaute hierfür aus, aber es muß auch kein dringendes betriebliches Erfordernis gegeben sein.

den Arbeitgeberinteressen den Vorrang vor dem Arbeitsplatzschutz gewährt, wenn er mit anderen Worten allein die Arbeitgeberinteressen an dem Gesetzeswortlaut messen will, wird das m. E. dem Gesetz nicht gerecht. Auch nach dem Gesetz ist ein solcher Interessenvorrang nur dann festzustellen, wenn man die Arbeitgeberinteressen in Beziehung zu den Arbeitnehmerinteressen selbst setzt; die gesetzlichen Kündigungsregeln gestatten den Eingriff in die Arbeitnehmerinteressen nur, wenn die Arbeitgeberinteressen gegenüber denen des Vertragspartners selbst gewichtig genug erscheinen.

412) Vgl. auch bei Wiedemann, RdA 1961 S. 5. Auch das BARbG v. 12.1. 1961 - 2 AZR 171/59 (in AP Nr. 10 zu § 620 BGB (Änderungskündigung) = Betr 1961 S. 473) geht zwar vom gesetzlichen Tatbestand, von § 1 II KSchG aus, vermeidet aber doch den Anlaß einer betriebsbedingten Änderungskündigung einer solchen Entlassungskündigung vollkommen gleichzusetzen, wenn es in den Gründen davon spricht, man habe mit Nachdruck zu prüfen, "ob die vom Arbeitgeber angestrebten Änderungen wirklich betrieblich notwendig sind"; auch der Leitsatz verwendet nicht die gesetzliche Formulierung "dringende betriebliche Erfordernisse", sondern spricht von so dringenden betrieblichen Erfordernissen.

413) Da der Arbeitnehmer berechtigt ist, das neue Angebot abzulehnen, darf man ihm diese Ablehnung nicht vorwerfen und nicht auf dem Umweg über eine Prüfung des Angebots selbst zum Kündigungsgrund machen wollen: Galperin, Betr 1958 S. 839; Herschel in Anm. zu AP Nr. 24 zu § 1 KSchG; BARbG v. 15.2.1957 - 1 AZR 391/55 E Bd. 4 S. 22 = Betr 1957 S. 431 = BetrBer 1957 S. 511 sowie v. 26.2.1957 - 3 AZR 278/54 E Bd. 4 S. 1 = BetrBer 1957 S. 475 = RdA 1957 S. 311; aA: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 570; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 1 Anm. 30a; Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 282. Böttcher, Festschrift für Molitor, S. 135 ff. meint, das betriebliche Bedürfnis verlange nicht auch den Einsatz der Entlassung für die Änderung, die Änderungskündigung könne nicht unter § 1 II KSchG gezwungen werden, bringe aber durch seinen Vorschlag einer zum KSchG hinzuzudenkenden Änderungskündigungsregelung eine Lösung praeter legem.

Bei außerordentlichen Änderungskündigungen aus wirtschaftlichen Gründen muß das nämliche gelten. Zwar trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko und jede Abwälzung hat sich in engstem Rahmen zu halten. An die Unzumutbarkeit müßten aber ebenfalls weniger strenge Anforderungen gestellt werden, da jede Änderung sonst auch von der bloßen Entlassungsmöglichkeit her bestimmt wäre. Man wird daher zum mindesten keine unmittelbare Bestandsgefährdung, wenn auch ein über die dringenden betrieblichen Erfordernisse hinausreichendes Interesse an der Änderung vorauszusetzen haben, schon um nicht der Umgehung der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes Tür und Tor zu öffnen.

b.) Die Einigung über das Änderungsangebot.

Die Einigung pflegt selten ausdrücklich zu erfolgen. Man hat darum das beiderseitige Verhalten auszulegen. Das Schweigen auf eine Änderungskündigung hin ist keine Zustimmung zu dem Angebot ^{413a)}. Die Anwendung von § 151 BGB erübrigt sich in dem Umfang, in dem sich das Verhalten dem Arbeitgeber gegenüber offenbart. Das tatsächliche Verhalten geht grundsätzlich einer bloßen Äußerung vor. Die bisherige Arbeitsleistung allein führt aber bei unberechtigter Kündigung des Arbeitgebers noch nicht zu einem Annahmeverzug des Arbeitgebers ⁴¹⁴⁾.

c.) Die Deutung der Weiterarbeit über die Kündigungsfrist hinaus.

Schwierigkeiten bereitet für diese Fälle mangelnder ausdrücklicher Einigung die Durchführung der Kündigungsschutzklage. Erhebt der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage, so führt das zunächst zu einem Schwebezustand, da noch nicht sicher feststeht, daß die Kündigung sozialwidrig war bzw. weil eine Heilung der sozialwidrigen Kündigung nach

413a) Galperin, Betr 1958 S. 800; BGH v. 24. 10. 1955 ARSt Bd. 15 Nr. 399 = BetrBer 1955 S. 1009.

414) So allerdings ArbG Berlin v. 18. 6. 1959, Entsch. Kal. 1959 (3) S. 603, weil nämlich offen bliebe, zu welchen Bedingungen weitergearbeitet würde, vgl. BARbG v. 24. 11. 1960 - 5 AZR 545/59 BetrBer 1961 S. 98.

§ 6 KSchG noch nicht eingetreten ist. Obsiegt der Arbeitnehmer - die Urteilsrichtigkeit unterstellt - hat eine Arbeits- und Beschäftigungspflicht zu den alten Bedingungen bestanden. Aus der bloßen Möglichkeit zu einer Kündigungsschutzklage darf jedoch nicht geschlossen werden, daß sich grundsätzlich das alte Arbeitsverhältnis fortsetzt, sofern nur Klage erhoben wird. Das Kündigungsschutzgesetz will die Rechtsstellung des Arbeitnehmers nicht erweitern, sondern nur schützen. Jedenfalls ist die Klagedurchführung ein nicht nur wörtlicher Protest, sondern muß gegenüber einem nicht übereinstimmenden tatsächlichen Verhalten des Arbeitnehmers besonders gewertet werden. Arbeitet der Arbeitnehmer zu den alten Bedingungen weiter, so zeigt das Eingehen des Arbeitgebers auf die Kündigungsschutzklage, daß er die Kündigung aufrecht erhalten will. Andererseits bedeutet die Weiterarbeit nicht, daß der Arbeitnehmer auf seine Kündigungsschutzklage verzichtet ⁴¹⁵⁾. Der Arbeitgeber kann aber durch sein Dulden ein schlüssiges Angebot des Arbeitnehmers auf Weiterarbeit zu den alten Bedingungen wenigstens bis zur Rechtskraft des Urteils angenommen haben ⁴¹⁶⁾. Sofern der Kündigungsschutzklage der Erfolg versagt ist, die Kündigung also begründet war, ist das erheblich. Nach dem Prozeß kann der Arbeitnehmer fristlos entlassen werden, da das alte Arbeitsverhältnis beendet und dessen Fortsetzung nur befristet war. Ein neues ist nicht begründet. Weder der Hinweis auf § 242 BGB noch auf den im Kündigungsschutzgesetz liegenden Schutzgedanken vermögen gegen den Angebotsablauf zu schützen ⁴¹⁷⁾. Die befristete Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages verhindert zugleich eine rückwirkende Umstellung auf die neuen Arbeitsbedingungen. In die stillschweigende Verlängerungsvereinbarung eine Abmachung des Inhalts hineinzudeuten, daß in der Änderungskündigung liegende Lohnminderungen zu einer Rückzahlung des überschließenden zwischenzeit-

415) BarBG v. 12.1.1961 - 2 AZR 171/59 NJW 1961 S. 939.

416) Fehlte die Kündigungsschutzklage, so wäre hier auch die Anwendung des § 625 BGB denkbar.

417) Nur weil man bei Änderungskündigungen andere Maßstäbe als bei reinen Entlassungen anzuwenden hat, läßt sich eine Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers bis zum Urteilsspruch nicht vertreten, so aber Böttcher, Festschrift für Molitor, S. 137 ff.

lichen Verdienstes führen müßten, würde dem Willen des Arbeitnehmers kaum gerecht⁴¹⁸⁾. Arbeitet dagegen der Arbeitnehmer zu den neuen Bedingungen weiter (häufig wird die alte Arbeitsleistung gar nicht mehr möglich sein), so braucht auch hierin keine Einigung auf unbegrenzte Weiterarbeit zu den angebotenen Bedingungen zu liegen⁴¹⁹⁾, da der Klage ein anderes Gewicht beizulegen ist als einem bloßen Protest. Denkbar wäre, daß der Arbeitnehmer ein Angebot auf Weiterarbeit bis zur Rechtskraft des Urteils macht, wenn er im Falle eines ungünstigen Urteils seinen Arbeitsplatz verlassen will. Das ist Tatfrage⁴²⁰⁾. Ein solches Angebot muß der Arbeitgeber allerdings nicht annehmen, da er nicht verpflichtet ist, die Annahme seines Angebots unter Beschränkungen hinzunehmen⁴²¹⁾; das verstieße gegen § 150 Abs. 2 BGB und ist auch aus dem Kündigungsschutzgesetz nicht zu begründen. Der Arbeitgeber, der glaubt, seine Kündigung sei rechtlich haltbar, hat das Risiko eines Irrtums zu tragen. Obsiegt der Arbeitnehmer, so stehen ihm die Rechte aus dem alten Vertrage immer noch zu; da der Arbeitgeber - wie aus der Prozeßführung zu entnehmen ist - eine Weiterarbeit unter den alten Bedingungen grundsätzlich nicht will, greift § 615 BGB ein⁴²²⁾. Diese rechtliche Konstruktion wird im Zweifel auch dann gelten müssen, wenn der Arbeitnehmer ohne Zwang durch den Arbeitgeber seine Arbeit unter den neuen Bedingungen fortsetzt. Allerdings mag das nicht in jedem Fall zutreffen und wird unter Umständen zu einem Anerkenntnisurteil führen müssen. Vielfach wird sich nicht die Arbeit, sondern allein der Lohn ändern. In diesen Fällen ist es nicht möglich, bloß anhand des beiderseitigen Verhaltens festzustellen, ob nun die alten oder die neuen Bedingungen Geltung haben sollen. § 625 BGB ist hier⁴²³⁾ nicht anwend-

418) aA: Gramm, Betr 1954 S. 722.

419) LArbG Düsseldorf v. 19. 5. 1950 PraktArbR 1959 - KSchG § 1 Abs. 1 Nr. 39, vgl. auch Kunze und Wiesler, BetrBer 1960 S. 293; anders natürlich bei fehlender Kündigungsschutzklage.

420) und wird häufig in kleineren Betrieben anzunehmen sein.

421) aA: Gramm, Betr 1954 S. 722 und Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 1 Anm. 30c.

422) BArbG v. 12. 1. 1961 - 1 AZR 171/59 ArbUr 1961 S. 250 im Hinblick auf die 3-Wochenfrist.

423) Anders als beim Fehlen einer Kündigungsschutzklage.

bar, weil der Arbeitgeber durch sein Einlassen auf die Kündigungsschutzklage beweist, daß er die neuen Arbeitsbedingungen anstrebt. Der Arbeitnehmer kann sich daher nicht darauf verlassen, daß ihm die alten Bedingungen weitergewährt werden. Jede Unklarheit geht daher zu Lasten des Arbeitnehmers. Diese Folge steht nicht etwa dem Schutzcharakter des Kündigungsschutzgesetzes entgegen; sie rührt aus dem Prozeßverhalten des Arbeitgebers her.

Verhindert der Arbeitgeber trotz mangelnden Kündigungsgrundes die Weiterarbeit des Arbeitnehmers, so treffen ihn die Folgen des § 615 BGB. Unterläßt es in diesem Falle dagegen der Arbeitnehmer, der das neue Angebot ausgeschlagen hat, weiterzuarbeiten, weil er sich hierzu (irrtümlich) für berechtigt hält, so befindet er sich in Verzug (Irrtumslehre !). Eine außerordentliche Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung ist dann nicht ausgeschlossen. Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitgeber ihn wenigstens für die Dauer des Prozesses zu den alten Bedingungen hätte weiterarbeiten lassen; eine Weiterarbeit zu den neuen Bedingungen braucht sich der Arbeitnehmer dagegen nicht aufdrängen zu lassen.

d.) Die Massenänderungskündigung.

d 1) Für Massenentlassungen gelten Besonderheiten im Hinblick auf die Arbeitsmarktlenkung: § 15 KSchG. Da auch Massenänderungskündigungen grundsätzlich auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgestellt sind, besteht bei ihnen eine Anzeigepflicht bei dem Arbeitsamt nur soweit, wie die Arbeitnehmer nicht auf das neue Angebot eingehen, es also tatsächlich zu Entlassungen kommt oder kommen wird ⁴²⁴⁾.

d 2) Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Massenänderungskündigung von einer Aussperrung, weil in beiden Fällen die Ausübung eines

424) Herschel-Steinmann, Kündigungsschutzgesetz, § 15 Anm. 1; Hunn, BetrBer 1953 S. 507; Müller-Auffarth, Kündigungsschutzgesetz, § 15 Anm. 7; BArbG v. 25.5.1960 - 2 AZR 584/57 in AP Nr. 6 zu § 15 KSchG (mit Anm. von Schelp); wohl auch Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 15 Anm. 7; Nikisch Betr 1960 S. 1274; aA: Vielhaber, BetrBer 1953 S. 508.

Druckes auf die Arbeitnehmer gewollt ist. Trotzdem bleibt die Änderungskündigung eine Maßnahme auf Einzelvertragsebene, die nur dann in den für Sammelkündigungen üblichen Formen ausgesprochen werden kann, wenn der gleichzeitige Angebotszugang sichergestellt ist, während sich die Aussperrung als eine kollektivrechtliche Kampfmaßnahme mit bloßen Rückwirkungen auf den Einzelvertrag darstellt, wobei als Besonderheit hier der Kündigungsschutz nicht eingreift: § 23 KSchG⁴²⁵⁾.

Rechtskonstruktiv liegt die Unterscheidung von Massenänderungskündigung und Aussperrung im sofortigen Angebot eines neuen Arbeitsvertrages bei der Änderungskündigung und der bloßen Aufforderung zum Angebot bei Aussperrung (mit Lösungswirkung). Da aber der Inhalt des Angebots der Arbeitnehmer bereits weitgehend in dem bekanntgegebenen Aussperrungsziel als Ausgangspunkt von Verhandlungen festgelegt ist, verfügt damit die Praxis über kein recht brauchbares Unterscheidungsmerkmal. Wenn Nikisch⁴²⁶⁾ herausstellt, daß der Ausgesperrte bei Annahme im Gegensatz zum Änderungsgekündigten seinen Arbeitsplatz noch nicht wieder habe, so ist das wiederum nur eine Charakterisierung der rechtlichen Folgen, aber kein brauchbares tatsächliches Unterscheidungsmerkmal. Ebenso wenig hilft der Hinweis von Küchenhoff⁴²⁷⁾ weiter, daß die Aussperrung im fürsorgelosen Bereich, die Änderungskündigung wegen der Verknüpfung mit dem Angebot im Rahmen der Betriebsbindung liege. Richtig ist, daß der Arbeitgeber bei einer Aussperrung Widerstand erwartet⁴²⁸⁾. Die Änderungskündigung will jedoch ebenfalls den Arbeitnehmer unter Druck setzen, der mit einer freiwilligen Veränderung der Vertragsbedingungen nicht einverstanden

425) Bertele, Rechtsnatur, S. 64 f mit zahlreichen Nachweisen; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, § 23 Anm. 5; Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 276; BARbG v. 1.2.1957 - 1 AZR 521/54 E Bd. 3 S. 266 = AP Nr. 4 zu § 56 BVG = SAE 1959 S. 65; aA: die Rechtsprechung des RArbG, zitiert bei Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 275 Anm. 24; vgl. auch die weiteren Hinweise in Anm. 25; Herschel-Steinmann, Kündigungsschutzgesetz, § 23 Anm. 2a mit Weiterverweisen; Wendt, ArbuR 1954 S. 292, 295.

426) Festschrift für Sitzler, S. 276.

427) in Anm. zu AP Nr. 4 zu § 56 BVG.

428) Nikisch, Festschrift für Sitzler, S. 276.

ist. Es bleibt also für die Unterscheidung nur übrig, auf sekundäre Merkmale zurückzugreifen, die aber nicht notwendig vorliegen müssen.

Das Kampfziel wird dann eine klare Abgrenzung ermöglichen, wenn eine tarifliche Neuregelung angestrebt ist. Ein Arbeitskampf muß sich zudem durchaus nicht nur gegen diejenigen richten, die von der Änderung betroffen werden, sei es, daß ein größerer oder ein kleinerer Kreis erfaßt wird. Geht der Arbeitgeber dagegen nach § 15 KSchG vor oder stellt er seine Forderungen unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfristen auf, so liegen Massenänderungskündigungen vor. Es wird also sehr wesentlich auf die tatsächliche Ausgestaltung des Vorgehens der Arbeitgeber ankommen.

Trotzdem können Zweifelsfälle bleiben. Hier greifen folgende Überlegungen Platz: Kündigungen vertragen keine Unklarheit. Das gilt in erhöhtem Maße von Aussperrungen. Wer gegenüber den normalen vertraglichen Mitteln einen Arbeitskampf zum Zwecke der Änderung von Arbeitsbedingungen anstrengen will, muß dieses mit aller Klarheit zum Ausdruck bringen. Zudem bestimmt er die Wahl des Mittels; er wird darum in aller Regel das für ihn Günstigere (nicht etwa das rechtlich Zulässige, das ist eine Risikofrage) wählen. Das ist für den Arbeitgeber regelmäßig die Kündigung, die ihn von seinen Bindungen an den Arbeitnehmer befreit. Die Aussperrung dagegen führt nur zu einem Ruhen der üblichen Vertragspflichten bzw. zu einer Lösung unter einer gewissen Weitergebundenheit des Arbeitgebers⁴²⁹⁾. Die Kündigung schafft also größere Bewegungsfreiheit und müßte daher wohl in Zweifelsfällen angenommen werden. Kampfmaßnahmen erfordern außerdem einen Kollektivwillen. Wer diese kollektivrechtliche Ausrichtung seines Tuns⁴³⁰⁾ nicht klar zum Ausdruck bringt, darf sich auch nicht auf diese speziellen rechtlichen Folgen berufen. Gerade der Arbeitskampf erfordert also in noch weitaus größerem Umfange eine Vermeidung von Unklarheiten⁴³¹⁾.

429) Hierzu näher unter S. 134 ff.

430) Vgl. Gift, RdA 1960 S. 168 f.

431) Das stünde aber einer arbeitnehmer-potestativ bedingten Aussperrung nicht entgegen. Zweifel bestehen allerdings dort, wo sich einzelne

e.) Änderungskündigung und Betriebsratsmitwirkung

§ 66 BVG erfaßt auch Änderungskündigungen. Fraglich ist, ob die auf Betriebsebene (Kollektivrechtsebene) liegende Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat bei Entlassungen zu hören, rechtliche Wirkungen für das einzelne Arbeitsverhältnis erzeugen kann ⁴³²⁾. Der im Interesse der Arbeitnehmer geschaffene Betriebsrat hat Gesamtheits- und Einzelinteressen zu wahren. Er soll dem Arbeitgeber helfen, die Kündigungs-umstände aufzuklären. Seine auf sozialen Gedanken basierende gesetzliche Einschaltung zu umgehen, stellt eine Mißachtung dieser sozialen Schutzeinrichtung dar. Aber die Beziehung zwischen der konkretisierten Sozialverhaltensnorm als Ausprägung von § 242 BGB ⁴³³⁾ und den Sozialwidrigkeitstatbeständen des § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz, die für ihren Bereich auch eine gesetzliche Konkretisierung von § 242 BGB darstellen ⁴³⁴⁾, ist nicht derart, daß die Kündigungsgründe selbst eine Veränderung erführen ⁴³⁵⁾. Dagegen spricht der sich nicht deckende Bereich beider Bestimmungen. Verhaltensverstöße und Kündigungsgrund bzw. Kündigungsberechtigung werden auch hier durch den § 242 BGB derart zusammengefaßt, daß ihre Gegenüberstellung und Abwägung nicht erfolgen darf ⁴³⁶⁾. Es ist also für die Kündigung unerheblich,

Arbeitnehmer vor dem tatsächlichen Kampfbeginn unterwerfen. Ihre automatische Mitaussperrung würde m.E. dem § 242 BGB zuwiderlaufen.
432) So Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 14 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch BARbG v. 14.11.1956 - 1 AZR 168/54 E Bd. 3 S. 142 = BetrBer 1957 S. 119 = RdA 1957 S. 78.

433) Siehe auch oben S. 60 f.

434) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 690; BARbG v. 30.11.1960 - 3 AZR 480/58 AP Nr. 2 zu § 242 BGB (Kündigung) = NJW 1961 S. 1085 = RdA 1961 S. 177; ein ähnlicher Gedanke findet sich auch bei Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 13.

435) Wie hier Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 25 und wohl auch Frey, ArbUr 1957 S. 71.

436) Vgl. auch oben S. 61 f.; aA: trotz Erkenntnis der Bedeutung der Sozialwidrigkeit im Rahmen von § 242 BGB die Rechtsprechung des BARbG, vgl. die Entsch. v. 14.11.1956 - 1 AZR 168/54 E Bd. 3 S. 142 = BetrBer 1957 S. 119 = RdA 1957 S. 78. Richtig erkennt das LArbG Baden-Württemberg v. 28.2.1961 BetrBer 1961 S. 754, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, auf das Arbeitgeberverhalten bezogen, nicht zu einem Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses führen kann. Gerade

ob etwa der Arbeitgeber schuldhaft gegen § 66 Betriebsverfassungsgesetz verstoßen hat oder nicht. Das Ergebnis weicht daher auch für Änderungskündigungen nicht von dem oben für außerordentliche Kündigungen Gefundenen ab.

Das gleiche gilt bei Massenentlassungen, bei denen nicht eine Anhörung, sondern eine Beratung gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 66 BVG), da der Arbeitgeber auch hier in seinen Entschlüssen frei ist ⁴³⁷⁾.

2. Die freiwillige Betriebsvereinbarung als Notlagensteuerungsmittel.

a.) Der Inhalt der Betriebsvereinbarung und der Kreis der Unterworfenen.

Das Betriebsverfassungsgesetz geht in seinem § 57 von einer umfassenden Zuständigkeit des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten aus ⁴³⁸⁾.

Inhalt der freiwilligen Betriebsvereinbarung kann alles sein, was auch Inhalt des normativen Teils eines Tarifvertrages sein kann ⁴³⁹⁾, also insbesondere die Regelung von Kurzarbeit und Werksbeurlaubung ⁴⁴⁰⁾, Regelungen, die die Prämien, das Betriebsrisiko oder außerordentliche Kündigungsgründe betreffen, Erhöhungen der Arbeitsverpflichtungen und Verkürzungen der regelmäßigen Arbeitszeit, die Regelung von Nachholarbeit und von vertragsfremder Arbeit.

Stets ist die Betriebsvereinbarung in ihrer Wirkung auf noch im Betrieb tätige Arbeitnehmer beschränkt ⁴⁴¹⁾. Etwa zuzulassende rückwir-

das würde man aber erreichen, wenn das sozialwidrige, treu- und glaubenswidrige Verhalten eines Arbeitgebers notgedrungen seiner Kündigung die Wirksamkeit nehmen würde.

437) Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 66 Anm. 45.

438) Fitting, AR-BI, Betriebsverfassung XIV B, IV; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 57 Anm. 2, 6 mit Weiterverweisen; Sitzler, AR-BI, Betriebsvereinbarung I, C II 1.

439) Dietz, Komm. zum BVG, § 57 Anm. 5; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 57 Anm. 3; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 57 Anm. 10 ff.

440) aA: zu Unrecht Isele, Festschrift für Molitor, S. 114, weil das Vertragsband immer noch erhalten bleibt und der Bereich der Normsetzungsgewalt nicht verlassen wird.

441) ganz herrschende Meinung: Dietz, Komm. zum BVG, Vorbem. 12a vor § 56; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 30; BARbG

kende Betriebsvereinbarungen können also nicht inzwischen ausgeschiedene Arbeitnehmer treffen, da sie nicht mehr der Normgewalt von Betriebsrat und Arbeitgeber unterliegen⁴⁴²⁾.

b.) Schranken der Normenwirkung.

b 1) Gesetze und Tarifverträge.

Gesetzliche oder tarifvertragliche Normen gehen einer Betriebsvereinbarungsregelung dann vor, wenn sie ausschließlichen, zwingenden Charakter haben. Zwingende Normen, die nur Mindestregelungen enthalten, stehen günstigeren Betriebsvereinbarungen nicht entgegen. Das Günstigkeitsprinzip trägt dem Individuelleren gegenüber einer umfassenderen Regelung Rechnung⁴⁴³⁾. Allerdings wird häufig das Günstigkeitsprinzip auf das Verhältnis von Norm zu Einzelvertrag bezogen⁴⁴⁴⁾. Im Schutzcharakter der im Gegensatz zum Tarifvertrag dem Arbeitsverhältnis näheren betriebsverfassungsrechtlichen Regelung, wird man allerdings auch im Hinblick auf den Tarifvertrag ein der Günstigkeit ähnliches Wesensmerkmal feststellen können⁴⁴⁵⁾. Diese Günstigkeit, eine Folge des Schutzprinzips, ist hier eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß zwingende höhere Rechtsnormen die niedrigere ausschließen.

v. 16.3.1956 - GS 1/55 E Bd. 3 S. 1 = AP Nr. 1 zu § 57 BVG = RdA 1956 S. 238.

442) Anders bei Tarifverträgen, sofern Arbeitnehmer und Arbeitgeber weiterhin der Tarifmacht unterworfen bleiben. Wie hier Hilger, Ruhegeld, S. 189. Nach Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 379 und 402 können Betriebsvereinbarungen nicht zurückwirken, weil u. U. Gegenleistungen erbracht seien, die bei der rückwirkend geänderten Situation als nicht gerechtfertigt erscheinen würden. Das aber ist eine Billigkeitserwägung, der die Frage der Unterworfenheit unter die Normgebungsgewalt vorgeht (vgl. die Erwägungen zu diesem Problem unten S. 112 Anm. 471).

443) Vgl. Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 17f.

444) Dietz, Freiheit und Bindung, S. 24. Siehe aber Wlotzke aaO S. 122 ff und 175.

445) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 800 f. mit Weiterverweis; BARbG v. 17.4.1959 - 1 AZR 83/58 E Bd. 7 S. 340 = BetrBer 1959 S. 704 = RdA 1960 S. 239.

Betriebsvereinbarungen sind allerdings kraft Gesetzes stets ausgeschlossen, soweit eine tarifliche Regelung üblich ist: § 59 BVG. Diese Bestimmung bezieht sich auf die sog. Inhaltsnormen⁴⁴⁶⁾.

Die tarifliche Abmachungen ergänzenden Regelungen sind m. E. stets möglich, und zwar nicht nur dann, wenn sie ausdrücklich zugelassen sind⁴⁴⁷⁾. Das ist eine Folge des grundsätzlichen Mindestcharakters tariflicher Regelungen einerseits und des Schutzprinzips, das in dem Betriebsverfassungsgesetz und den auf seiner Grundlage geschaffenen Betriebsvereinbarungen enthalten ist, andererseits.

Ob die tarifübliche Regelung auch in solchen Betrieben Wirkung entfalten kann, in denen weder der Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer der Tarifgewalt unterfallen, ist zweifelhaft. Die herrschende Ansicht⁴⁴⁸⁾ bejaht die Frage. Richtig ist, daß die Außenseiterwirkung nicht in der Tarifhoheit, sondern allenfalls aus der gesetzlichen Erstreckung durch § 59 BVG begründet ist. Aber es scheint doch bedenklich, diese Erstreckung mit dem Vorrang überbetrieblicher Regelungen zu begründen, der aus der Übertragung sozialer Machtbefugnisse mit dem Tarifvertragsgesetz abzuleiten sei bzw. der eben in § 59 BVG zum Ausdruck komme⁴⁴⁹⁾. M. E. kann von einer privilegierten Zuständigkeit erst

446) Dietz, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 12; Erdmann, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 3; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 3 mit Weiterverweisen; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 6; aA: Sitzler, AR-BI, Betriebsvereinbarung I, C II 1.

447) aA: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 415; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassung, S. 471; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 432; BARbG v. 6.3.1958 - 2 AZR 230/57 E Bd. 5 S. 226 = AP Nr. 1 zu § 59 BVG = BetrBer 1958 S. 520; vermittelnd Gumpert, BetrBer 1960 S. 101 für die Außenseitererstreckung; vgl. auch Fauth zum Vorbehalt des § 56 BVG in BetrBer 1962 S. 378.

448) Dietz, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 6; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 7; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 11; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, VIII § 59 Anm. 3; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 469; Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 142 ff; BARbG v. 16.9.1960 - 1 ABR 5/59 SAE 1962 S. 65 ff.

449) Dietz, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 6; Meissinger, Betr 1955 S. 411; Schelp, Betr 1962 S. 1243; BARbG v. 6.3.1958 - 2 AZR 230/57 E Bd. 5 S. 226 = AP Nr. 1 zu § 59 BVG = BetrBer 1958 S. 520 u. v. 16.9.1960 - 1 ABR 5/59 SAE 1962 S. 65 ff, wobei die letztgenannte Entsch. auf die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung und einer Antastung der Tarifhoheit

dann gesprochen werden, wenn der Betrieb vom Tarifvertrag erfaßt wird. Der Wortlaut des § 59 spricht eher gegen die herrschende Meinung, da er von einer im Tarifvertrag enthaltenen Regelung bzw. der Möglichkeit einer derartigen Regelung und damit von einer Unterworfenheit unter diese Normen ausgeht. Außerdem stellt § 59 eine Ausnahmeregelung dar und muß darum als Durchbrechung des Schutzprinzips mit seinen Günstigkeitselementen auf Betriebsebene eine enge Auslegung erfahren. Schließlich halten selbst Anhänger der herrschenden Auffassung eine Ausdehnung der tarifüblichen Regelung auf Nichtorganisierte durch Teilbetriebsvereinbarungen für möglich ⁴⁵⁰⁾. Auch die leichtere praktische Handhabung spricht für die hier in Übereinstimmung mit Erdmann ⁴⁵¹⁾ vertretende Auffassung. Situationsgebundene Entscheidungen können im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat betriebseinheitlich gefällt werden, ohne daß auf einzelvertraglicher Ebene eine Zustimmungsgebundenheit an den Arbeitnehmer besteht. In Einzelfällen könnte eine derartige Möglichkeit betrieblicher Ordnungsgestaltung z. B. dann von Nutzen sein, wenn etwa Tarifverträge eine Regelung für Ausnahmesituationen bieten, die einzelvertraglich ohne Zustimmung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer rechtlich noch nicht zuzulassen wäre. Es entfällt außerdem die u. U. sehr schwierige Feststellung der Repräsentativität der im Tarifvertragsbereich Gebundenen, wie sie etwa von

und des Art. 9 GG hinweist. Gerade der letzte Hinweis geht fehl, weil die Tarifpartner dadurch an einer Regelung nicht gehindert sind. Tatsächlich erkennt ja auch das BARbG (v. 26. 1. 1962 - 2 AZR 244/61 Betr 1962 S. 744 = BetrBer 1962 S. 598) gerade die "allgemeine Stellung" des Betriebsrats an, beeinträchtigt aber durch seine ungerechtfertigt weite Auslegung eine betriebsnahe Sozialpartnerschaft unter Verstoß gegen das Schutzprinzip kollektiven Rechts.

450) weil sie kein Eingriff in die Herrschaft der Gewerkschaft sei!, so Dietz, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 9; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 36 mit Weiterverweisen; folgerichtiger lehnen ab Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 8; Sahmer, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 5; Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 141f, entziehen aber damit den Nichtorganisierten den Schutz kollektiven Rechts!

451) Komm. zum BVG, § 59 Anm. 4; vgl. auch die bei Dietz, Komm. zum BVG, § 59 Anm. 6 Zitierten.

Dietz ⁴⁵²⁾ bestimmt wird. Über die persönliche Tarifgebundenheit hinaus hat also die Tarifüblichkeit keine Bedeutung.

b 2) Rechtsschranken auf der Ebene des Einzelvertrages.

b 2 a) Um die Grenzen der Betriebsvereinbarungen für diesen Bereich festzulegen, muß von ihrer Rechtsqualität ausgegangen werden ⁴⁵³⁾.

Betriebsvereinbarungen haben zwingenden Charakter. Sie enthalten nach ganz herrschender Auffassung Normen ⁴⁵⁴⁾, was aus ihrem Zweck als Schutz- und Ordnungsregelung ⁴⁵⁵⁾ hergeleitet werden muß, was aber seine gesetzliche Bestätigung auch in § 56 und in der Schaffung des Einigungsstellenvorschlages findet, der nicht durch einseitige Abmachungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zunichte gemacht werden darf ⁴⁵⁶⁾.

Bei allen Überlegungen ist die Wesenszweiteit von Schutz- und Ordnungsfunktionen der BV-Normen nicht aus dem Auge zu verlieren.

Der Schutzgedanke kollektiven Rechts ⁴⁵⁷⁾ hängt auf das Engste mit dem Günstigkeitsprinzip zusammen, das der Verwirklichung des Leistungsgedankens, des Individual- ⁴⁵⁸⁾ und letztlich des Freiheitsprinzips

452) Komm. zum BVG, § 59 Anm. 5.

453) Diese Grenzbestimmung ist eine Frage der Stärke der kollektiven Normen und nicht eine Frage der Kollektivrechtsgeneigntheit des Einzelarbeitsverhältnisses; jedenfalls handelt es sich um eine verbandliche Kollektivbezogenheit, die von außen her auf das Arbeitsverhältnis einwirkt, vgl. G. Müller Betr 1958 S. 741 f.

454) Bührig, RdA 1949 S. 76; Bulla, Betr 1962 S. 1207; Dietz, Komm. zum BVG, § 56 Vorbem. 17 mit Weiterverweisen; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 16; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 54; Gester, Diss. S. 106 und RdA 1960 S. 410; Herschel, RdA 1948 S. 47; Hessel, Betr 1950 S. 59; G. Hueck, Der Grundsatz, S. 99, 74 ff; Meissinger, Kömm. zum BVG, § 52 Anm. 10; Neumann-Duesberg, RdA 1949 S. 49, Betriebsverfassungsrecht, S. 359 f, 371; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch Bd. 2 S. 795 f; Siebert, Freiheit und Bindung, S. 50; Sitzler, AR-BI, Betriebsvereinbarung I E II 1; BARbG v. 16.3.1956 - GS 1/55 E Bd. 3 S. 1 = AP Nr. 1 zu § 57 BVG = RdA 1956 S. 238.

455) Siebert, Freiheit und Bindung, S. 50.

456) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 797.

457) den Bulla, RdA 1962 S. 12 und auch Stahlhacke RdA 1959 S. 266 ff hervorheben.

458) Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 17.

sozialer Prägung dient. Ungünstigere Einzelvereinbarungen weichen dem Schutzgedanken der Betriebsvereinbarung, die für die konkreten betrieblichen Situationen eine Mindestregelung bringt. Einzelregelungen, die dagegen günstigere vertragliche Bedingungen enthalten, bleiben unberührt ⁴⁵⁹⁾. Der betriebsvereinbarungsrechtliche Ordnungsgedanke, der die generelle Gestaltung von Rechtsbeziehungen im Rahmen des Betriebes anstrebt, setzt sich dagegen gegenüber jeglicher bisheriger Ordnung durch, sei es, daß sie auf einer allgemeinen Normierung in einer gleichrangigen Norm beruht, sei es, daß sie auf eine Vielzahl gleichgestalteter Einzelverträge zurückzuführen ist ⁴⁶⁰⁾. Den Nachweis für den Vorrang individueller Gestaltung wird man aber nicht dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer allein aufbürden dürfen, sondern demjenigen, der sich auf das ihm Günstigere beruft. Im Zweifel hat der Ge-

459) Dietz, Komm. zum BVG, Vorbem. 20 vor § 56; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 31 mit Weiterverweisen, Görner, Betr 1955 S. 728; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 799; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 125 ff.

460) Ebenso Bulla, RdA 1962 S. 13 f mit Anm. 59 (Nachweise); Hilger, Ruhesgeld, S. 229 f. Andernfalls müßten Änderungskündigungen erst die Einführung einer Betriebsvereinbarung vorbereiten, ein völlig unpraktisches Ergebnis. Siebert, Freiheit und Bindung, S. 49 spricht hier von einer Art Funktionswechsel des Arbeitsvertrages; aber nicht dieser wandelt seine Funktion, sondern die in der Einheitlichkeit zum Ausdruck gekommene Ordnungsgestaltung durch den Arbeitgeber wird durch eine neue, gemeinsam von Arbeitgeber und Betriebsrat getroffene Ordnungsregelung abgelöst; vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 799 und Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 46 ff, 49; wie hier auch das BArbG v. 20.12.1957 - 1 AZR 87/57 E Bd. 5 S. 130 = AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag = BetrBer 1958 S. 304 = RdA 1958 S. 200 für Tarifverträge und vom 26.10.1962 - 1 AZR 8/61 BetrBer 1963 S. 272 für Betriebsvereinbarungen. Wenn G. Hueck, Festschrift für Molitor, S. 228 davon spricht, daß Betriebsvereinbarungen grundsätzlich günstigeren Einheitsverträgen nicht vorgingen, es sei denn, daß diese - was regelmäßig anzunehmen sei, so daß also im Ergebnis keine Abweichung besteht - unter dem Vorbehalt einer Neuordnung geschlossen sind, so verkennt er, daß in beiden Fällen der Ordnungsgedanke entscheidender Anlaß für die allgemein gültige Regel ist. AA: Neumann-Duesberg, JZ 1960 S. 526 und Betriebsverfassungsrecht S. 396 ff, nach dem jegliche einzelvertragliche Regelung eine verschlechternde kollektivrechtliche Regelung verhindere, wobei die Ordnungsfunktion kollektiver Regelungen gänzlich unberücksichtigt bleibt.

danke des Individuellen den Vorrang⁴⁶¹⁾. Abgesehen von den eben genannten Eigenheiten dieser speziellen Normsetzung - dem Schutzprinzip, das aber durch § 49 BVG noch eine besondere Modifizierung erfährt - ist Zweck der Normgewalt wie auch sonst bei gesetzlichen Bestimmungen die Ordnungsregelung. Wegen dieses übereinstimmenden Zweckes ist es schlecht denkbar, zwischen der Kraft der durch den staatlichen Gesetzgeber erlassenen Normen und denen der sonstigen Normgeber grundsätzlich anders als hinsichtlich der Rangfolge zu unterscheiden⁴⁶²⁾. Diese der Staatsgewalt abgetrotzte (speziell tendierte) Normgebungsgewalt ist im Betriebsverfassungsgesetz sanktioniert.

b 2 b) Unter diesem Blickwinkel muß die Frage der Rückwirkung von Betriebsvereinbarungen gesehen werden. Nicht immer wollen Normen, die ab zurückliegendem Zeitpunkt Wirkung haben sollen, Anspruchsgrundlagen neu gestalten; u. U. sollen auch die Leistungsumstände geregelt werden. Logisch denkbar ist allerdings eine Rückwirkung nur bei Veränderungen der rechtlichen Beurteilung von Geschehnissen. Eine rückwirkende Verpflichtung zur Schaffung von Tatsachen ist nur in dem Sinne denkbar, daß eine rückwirkende Risikoverschiebung gewollt ist⁴⁶³⁾.

Die Herleitung der Zulässigkeit rückwirkender Normen ist umstritten. Weder der positivistische Umkehrschluß aus Artikel 103 Abs. 2 GG noch die bloße Berufung auf das Herkommen befriedigen. Ein verfassungsrechtliches Verbot besteht nicht⁴⁶⁴⁾. Da die umfassende hoheitliche Macht sich von den Gewaltunterworfenen selbst herleitet⁴⁶⁵⁾, und eine friedliche Ordnungsgestaltung zum Ziel hat, muß es möglich sein, nicht nur für die Zukunft früheres Recht, eine frühere Ordnung aufzuheben,

461) so auch Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 127.

462) aA: zwei alte Entscheidungen hinsichtlich der Rückwirkung von Normen, vgl. die Zitate des Preuss. OVG und des Bayer. VGH bei Forsthoff, Verwaltungsrecht AT S. 141. Zum gleichen Ergebnis wie hier kommt z. B. Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 294, 378 bei der Rückwirkung tariflicher Normen.

463) Unschärf insoweit Hilger, Ruhegeld, S. 193

464) Siehe hierzu auch bei Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1 S. 166.

465) Vgl. die Präambel des Grundgesetzes und Art. 20 Abs. 3.

sondern auch die rechtliche Ordnung der Vergangenheit selbst umzugestalten. Die Zulässigkeit rückwirkender Normen ist heute allgemein anerkannt.⁴⁶⁶⁾ Sie können grundsätzlich sogar - wenn angeordnet - in abgewickelte oder bereits festgestellte Rechtsverhältnisse eingreifen⁴⁶⁷⁾ und selbst "erworbene Rechte", denen Anwartschaften gleichzustellen sind, beeinflussen⁴⁶⁸⁾. Man wird also verschiedene Einwirkungsgrade unterscheiden können, je nachdem, welche Zielsetzung der speziellen Normgewaltsübertragung zu Grunde liegt⁴⁶⁹⁾. Gleichwohl gibt es keine schrankenlose Rückwirkung. Eine einmal anerkannte Ordnung von rechtlich bedeutsamen Situationen kann nicht ohne weiteres rückwirkend als falsch, unpassend, schlecht, also ungeordnet zu betrachten sein. Unser gesamtes Recht und vornehmlich das Arbeitsrecht ist persönlichkeitsbezogen. Das Verlangen rückwirkender Normen, eine andere Rechtsordnung hinzunehmen, ist darum nur dann gerechtfertigt, wenn Zweifel am Fortbestand der alten Ordnung bestehen mußten⁴⁷⁰⁾, denn die Erwartbarkeit, Wägbарkeit und Meßbarkeit kommender hoheitlicher Betätigung ist ein persönlichkeitsbetonender Grundsatz unseres Rechts. Die Freiheit des Individuums darf nur soweit eingeschränkt werden, als es die

466) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch, AT 1 S. 353; BARbG v. 20.6.58 - 1 AZR 245/57 Betr 1958 S. 742 = BetrBer 1958 S. 665 = RdA 1959 S. 357 für Tarifverträge.

467) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 355 f. Eine abweichende Meinung vertritt hierzu das BARbG in seinem Urteil v. 14.6.1962 - 2 AZR 267/60 RdA 1962 S. 411 = SAE 1963 S. 35 hinsichtlich der Rechtssetzungsgewalt der Tarifpartner; danach überschreite ein rückwirkender tariflicher Eingriff in bereits abgewickelte tarifliche Rechte die Gewalt der Tarifpartner. Kritisch äußert sich hierzu allerdings Steindorff in seiner Anm. in SAE aaO S. 40.

468) Forsthoff, Verwaltungsrecht AT, S. 140.

469) Hierzu Näheres unten S. 113.

470) Bulla, RdA 1962 S. 13 f für die Rückwirkung von Tarifverträgen unter Hinweis auf Nikisch; vgl. auch die Ausführungen des BVerfG v. 15. 12. 1959 - 2 BvL 73/58 über das Verhältnis von Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm in MDR 1960 S. 200 sowie die Entscheidungen des BVerfG v. 30.4.1952 - 1 BvR 14, 25, 167/52 E Bd. 1 S. 280 und öfters, sowie das OVG Hamburg v. 28.2.1952 JZ 1952 S. 416 ff mit Weiterverweisen.

Ordnung des Zusammenlebens unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes erfordert ⁴⁷¹⁾. Bei Maßnahmennormen, also Normen, die konkreten Anlässen in genereller Weise steuern wollen ⁴⁷²⁾, werden die materialen Gesichtspunkte besondere Aufmerksamkeit verlangen. Wird in Notlagen von Betrieben durch Betriebsvereinbarungen (scheinbar) ausschließlich den Interessen des Arbeitgebers gedient, so widerspricht das nicht etwa der Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen ⁴⁷³⁾. Der Betriebsrat ist nicht nur Vertreter der Arbeitnehmerinteressen ⁴⁷⁴⁾. Er hat bei Betriebsvereinbarungen zusammen mit dem Arbeitgeber sein Handeln vornehmlich auf die betrieblichen Interessen abzustellen und handelt dem Arbeitgeber gleichberechtigt. Es ist oben ⁴⁷⁵⁾ schon darauf hingewiesen worden, daß die Gesamtheitsinteressen vielfach mit denen des Arbeitgebers parallel laufen ⁴⁷⁶⁾, so daß diese dann zwangsläufig einen besonderen Schutz genießen. Das gebietet aber nicht, die rechtlich normierten und rechtlich zulässigen Mittel zur Behebung der Krisensituationen nicht einzusetzen.

Aus dieser Grenzziehung für die Normenrückwirkung ist es zu erklären, daß insbesondere im Fall einer zwischenzeitlichen Lücke allgemein die Rückwirkung von Betriebsvereinbarungen für zulässig gehalten wird ⁴⁷⁷⁾, da gerade hier eine Neuordnung zu erwarten war. Mindestens ab Kündigungsausspruch sind demnach Neuregelungen erwartbar.

471) Gedanken, die in Art. 20 Abs. III GG ("Gesetz und Recht") gründen. Hier wird auch die Existenzsicherungsfunktion von Rechten, die Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 128 und 136 als Individualitätsmerkmal behandelt, richtig einzuordnen sein, und hier läßt sich auch der bei Hilger, Ruhegeld, S. 195 und bei Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 402 angesprochene Gedanke des Vertrauensschutzes erbrachter Leistungen berücksichtigen.

472) Maßnahmegesetze, Betriebsvereinbarungen zur Notlagesteuerung.

473) a. A.: BArbG v. 5. 3. 1959 - 2 AZR 268/56 II Bd. 7 S. 280 = Betr 1959 S. 322 = BetrBer 1959 S. 305; wie hier Bulla in einer Anm. zum eben zitierten Urteil in SAE 1959 S. 149; Dietz, Freiheit und Bindung, S. 17; Pitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 33a; Kauffmann NJW, 1961 S. 204.

474) und darum auch nicht der gesetzliche Vertreter der Arbeitnehmerschaft, wie Nikisch, Betr 1962 S. 506 zutreffend feststellt.

475) S. 32 f.

476) was in der Eigentumslage oder der Gewinn- (mit-)ziehungsberechtigung begründet liegt.

477) Görner, Betr 1955 S. 728; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 800.

b 2 c) Von der Rückwirkung ist die Anspruchsbeeinflussung scharf zu unterscheiden. Vielfach wird ein Bedürfnis nach einer Beschneidung entstandener Ansprüche (oder Anwartschaften) vorliegen. Siebert rückt entstandene und fällige Ansprüche in den vom Kollektivrecht unbeeinflussbaren Individualrechtsbereich⁴⁷⁸⁾. Er sucht zur Begründung dieser Auffassung die Grundsätze des Verbandsrechts, insbesondere der "festgestellten Rechte" und ihrer Behandlung auf und überträgt diese auf das Spannungsfeld Kollektivrechtskreis - Individualrechtskreis. M. E. darf man aber einen Normgeber nicht ohne weiteres einem Satzungsgeber gleichstellen, dessen Vereinbarungen ja gerade keine Normqualität haben. Auch scheint mir, die im Anschluß an Otto v. Gierke vertretene Auffassung, Rechtsnormen endeten dort, wo und weil der Individualrechtskreis beginne⁴⁷⁹⁾, nicht der richtige Ansatzpunkt zu sein. Die Kraft und die Tragweite einer Normgebung leitet sich aus der dem Normgeber eingeräumten hoheitlichen Macht und dem mit ihr verfolgten Zweck her⁴⁸⁰⁾, denn grundsätzlich bedeutet jede kollektivrechtliche

478) Festschrift für Nipperdey S. 129: "gewordene Individualrechte".
479) Wie das bei Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 144 zum Ausdruck kommt, vgl. Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, S. 40 f.
480) Ähnlich Gift, BetrBer 1959 S. 47 und Mertz, BetrBer 1959 S. 495. Einen eigenen Weg geht Bulla, RdA 1962 S. 10 f, indem er den Begriff der Sozialadäquanz als Generalklausel wertend, diesen zur Eingrenzung der Kollektivmacht gegenüber der Individualrechtssphäre heranzieht. Nach ihm ist der Vorrang kollektiven Rechts vor dem Individualrecht zu bejahen, wenn es vorrangigen Interessen der Gemeinschaft und ihrer gewordenen Ordnung dient, "wenn andernfalls der unbedingte Respekt vor Individualbelangen den lebendigen Fluß des Gemeinschaftslebens und seiner immerwährenden weiterführenden Entwicklung gemeinschaftswidrig hemmen, stören oder schließlich sogar lahmlegen würde". Letztlich ist aber auch nach Bulla, aaO Anm. 46 die Kollektivmacht an die dem Kollektiv zugestandene Mächtigkeit gebunden. Bulla gelangt also zu einer zu billigenden Interessenabwägung zwischen Kollektiv- und Individualinteresse, wobei jenes dann vorgeht, wenn es von einem vorrangigen betrieblichen oder überbetrieblichen Ordnungsprinzip gedeckt ist (aaO S. 12), wobei aber zu bedenken sein wird, ob die für den Sozialadäquanzbegriff nötige allgemeine Rechtsmeinung heute schon als gefestigt gelten darf. Das BARbG v. 20.12.1957 - 1 AZR 237/56 AP Nr. 1 zu § 399 BGB = Betr 1958 S. 489 = BetrBer 1958 S. 448 stellt auf die Dauer der Sache unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Gesamtzusammenhänge ab; es geht also von dem Regelungsstatbestand aus, den es aber in Beziehung zu den arbeitsrechtlichen Grundgedanken und zu den Aufgaben

Regelung eine Einengung des Individualbereiches ⁴⁸¹⁾ und kann daher nur von der Seite der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck, aus ihrer inneren Kraft eingrenzbar sein ⁴⁸²⁾. Normzweck ist bei Betriebsvereinbarungen die Ordnungsgestaltung trotz bzw. unter Wahrung des Schutzgedankens, wobei die Wahrung des Gesamtinteresses vorausgesetzt ist ⁴⁸³⁾. Das führt bei der Frage der Rückwirkung zu Erwartbarkeitsgrundsätzen zurück ⁴⁸⁴⁾. Siebert betont zu einseitig den Schutzgedanken und übersieht dabei, daß kollektive Ordnungs- und individuelle Schutzinteressen nicht immer parallel laufen müssen.

In einer rückwirkenden Anspruchsherabsetzung unter Beachtung der hier genannten Sicherungsgrenzen mit der Folge der Anwendbarkeit von Bereicherungsrecht liegt keinesfalls ein bei der Annahme von Unabdingbarkeit unzulässiger Verzicht, der keine Ordnungsgestaltung mehr wäre, da ja auch die Anspruchsgrundlage für die Zukunft mitgestaltet wird ⁴⁸⁵⁾.

einer Betriebsvereinbarung setzt, die wohl letztlich auch für den Sachzusammenhang entscheidend sind.

481) Stahlhacke, RdA 1959 S. 266 ff.

482) wie hier insbesondere Kauffmann, NJW 1961 S. 204.

483) Richtig also Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 193, der eine normative Regelung ab einem zurückliegenden Zeitpunkt in die Zukunft hinein unter Interessenabwägung bei Betonung des Schutzprinzips auch über erworbene Rechte hinweg für zulässig hält; ebenso Wiedemann, RdA 1959 S. 457; aA: Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 33 mit Weiterverweis; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 400 f und JZ 1960 S. 527, der ungünstigere rückwirkende Regelungen zu Unrecht nicht für zulässig hält; man kann einfach nicht die auf einzelvertraglicher Ebene liegende und in der Anfechtung gegebene Gestaltungsmacht mit der generellen Ordnungsgestaltung eines Normgebers vergleichen; aA: auch E. Frey, ArbUR 1958 S. 234 für Tarifverträge, da keine Ordnungsregelung vorliege!

484) Was auch von Stahlhacke, RdA 1959 S. 268 mit Anm. 14 herausgestellt wird.

485) Allerdings darf man nicht Ordnungsgestaltung mit der Regelung des Arbeitsverhältnisses als solchem gleichsetzen oder doch postulieren, daß Kollektivrecht nur zur Gestaltung des Vertragsrahmens, nicht aber einzelner Ansprüche tauglich sei. Man käme dann z. B. bei der Begründung der Zulässigkeit tariflicher Wiedereinstellungsklauseln nach Streiks in erhebliche Schwierigkeiten. Auch bei diesen ist aber insofern eine Ordnungsgestaltung anzunehmen, als sie die Schaffung einer Dauerregelung ermöglichen.

Eine Enteignung liegt in der Beeinflussung von Ansprüchen bzw. in der Entziehung vermögenswerter Positionen nicht, da das nach herrschender Meinung ⁴⁸⁶⁾ charakteristische Sonderopfer nicht vorliegt. Die Betriebsvereinbarungsnormen treffen alle gleichmäßig, soweit diese Normen überhaupt Wirksamkeit entfalten können.

Zur Klarstellung sei zum Abschluß nochmals betont, daß die Ordnungsgestaltung in keinem Falle Ansprüche, die aus echten individuellen Einzelvertragspositionen fließen, ergreifen kann. Diese sind durch das Günstigkeitsprinzip gegenüber der Ordnungsfunktion von Betriebsvereinbarungen geschützt ⁴⁸⁷⁾.

b 2 d) Läßt man die Anspruchsbeschneidung zu, so wird man auch die betriebsverfassungsrechtliche Einführung eines Stundungsrechts bejahen dürfen. Wenn mit ihr auch nicht der Nominalwert des Anspruchs beschnitten wird ⁴⁸⁸⁾, so ist doch ein Eingriff in den einzelnen Anspruch, seine Umgestaltung, nicht zu verkennen.

b 2 e) Anwartschaften sind in der Entwicklung begriffene Ansprüche, deren Entstehung noch von einer Bedingung abhängt. Sie sind ebenso wie Ansprüche selbst nicht mitbestimmungsfrei ^{489) 490)}. Weil sie zu ihrer

486) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 911; vgl. auch Weber in Neumann-Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte, II S. 373 und BGH v. 10.6.1952 BGHZ Bd. 6 S. 270.

487) Görner, Betr 1955 S. 728; Hueck in der Anm. zur Entscheid. 1 in AR-BI, Betriebsvereinbarung; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 799; andere Ansichten, die generelle Anspruchsbeeinflussungen nicht zulassen: Butz, Betr 1953 S. 400; Dietz, RdA 1949 S. 272; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, Anm. 94 vor § 49; Tophoven in Anm. zu AP 1950 Nr. 268 und wohl auch Galperin, BetrBer 1951 S. 260.

488) Wie hier Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 407; a.A: Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 33.

489) Dabei ist es unerheblich, ob sie aus Betriebsvereinbarungen herühren oder aus einer Vielzahl gleichgeordneter Einzelverträge abgeleitet sind; vgl. auch oben S. 109.

490) Wie hier BARbG v. 16.3.1956 - GS 1/55 E Bd. 3 S. 1 = AP Nr. 1 zu § 57 BVG = RdA 1956 S. 238 in einer Hilfserwägung und neuerdings in der Entscheidung v. 26.10.1962 - 1 AZR 8/61 BetrBer 1963 S. 272; a.A: Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, Anm. 95 vor § 49; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 138 f; LArbG Stuttgart v. 27.11.1952 in BetrBer 1953 S. 148.

Entwicklung zum Vollrecht regelmäßig eine sehr lange Zeit benötigen, sind sie besonderen Gefahren ausgesetzt. Hängt die Entstehung des Vollrechts nicht allein vom Zeitablauf sondern auch noch von anderen Umständen ab, so bieten sich noch weitaus größere Angriffsmöglichkeiten. Diese ihre Schwäche erfordert umgekehrt einen erhöhten Schutz, wenn auch nicht in dem Sinne, daß sie der Mitbestimmung zu entziehen wären.

Auch hier ist die rückwirkende Verschlechterung von Anspruchsvoraussetzungen (wenn etwa die zeitlichen Voraussetzungen erfüllt sind) von Regelungen, die bloß in die Zukunft wirken, zu trennen. Für die Rückwirkung gilt das oben ⁴⁹¹⁾ Gesagte. Zukünftige Verschlechterungen der Anspruchsvoraussetzungen sind uneingeschränkt möglich.

Das heißt aber nicht, daß die Normen auch in jedem einzelnen Falle wirksam werden können. Hier sind die Grundsätze aus Treu und Glauben in besonderem Maße zu beachten ⁴⁹²⁾. Je näher der Zeitpunkt gekommen ist, zu dem die Anwartschaften zum Vollrecht werden, um so strengere Anforderungen werden an die grundsätzliche Zulassung der Ausnutzung kollektivrechtlicher, den Arbeitgeber begünstigender Normen zu stellen sein, damit nicht durch eine Verhinderung des Bedingungseintritts der Berechtigte um das gebracht wird, was er während des Zeitablaufs in Hoffnung auf den Bedingungseintritt an Aufwendungen erbracht hat - ein Gedanke, der in § 162 BGB seinen Niederschlag gefunden hat.

491) S. 110; vgl. auch Hilger, Ruhegeld, S. 221, die "das zulässige Ausmaß eines kollektiven Eingriffs in entstandene Rechte der Einzelnen", also die Gewalt kollektiver Normen, durch eine Interessenabwägung von Gesamtheits- und Einzelinteressen bestimmt.

492) Hueck Anm. in ARS Bd. 37 S. 81 f; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 406, der ggf. Schadensersatzansprüche zubilligt; Nikisch, NJW 1954 S. 532; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 139, der offenbar § 242 BGB nicht für einen ausreichenden Schutz hält; RArbG v. 16. 7. 1943 ARS Bd. 46 S. 397; BGH v. 17. 12. 1956 AP Nr. 25 zu § 242 (Ruhegehalt) im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Kündigung. Was aber hinsichtlich der Anwendung des § 242 auf eine Anwartschaftsbeeinträchtigung durch Kündigung zu sagen ist, gilt ebenso von den Gestaltungen durch Kollektivrecht. Das bestätigt die Entscheidung des BArbG v. 26. 10. 1963 - 1 AZR 8/61 BetrBer 1963 S. 272, die im obigen Falle dem einzelnen betroffenen Arbeitnehmer einen besonderen Vertrauensschutz zubilligt.

Hat der Arbeitgeber kraft Gesetzes die Möglichkeit, durch Betriebsvereinbarungen zusammen mit dem Betriebsrat die Rechtslage, hier also Anwartschaften, zu gestalten, so kann allein das noch keinen Treuebruch darstellen. Der Gefahr eines Rechts- oder Machtmißbrauches wird in der Regel durch die paritätische Beteiligung des Betriebsrats an der Normsetzung gesteuert sein. Aus der Nichtanwendbarkeit der Norm im Einzelfall ist umgekehrt keinesfalls auf die Nichtigkeit der Regelung als solcher zu schließen. Das gilt bei Betriebsvereinbarungen wie bei anderen Normen auch. Den richtigen Weg in der Anwendung des § 242 BGB wird eine Interessenabwägung weisen, die über die Feststellung des Normenzwecks hinausgeht und bei der das Interesse der Ordnungsgestaltung und der besonderen Einzelsituation in Widerstreit treten können. Der Ordnungsgestaltung gebührt allerdings grundsätzlich nicht der Vorrang, sofern eben nicht besondere Umstände des Einzelfalles, die vom Arbeitgeber nachzuweisen wären, eine andere Beurteilung erfordern ⁴⁹³⁾.

b 2 f) Abtretungsverbote sind nur bei in die Zukunft wirkenden Betriebsvereinbarungen von Bedeutung. Sie erfassen die Anspruchsgrundlage und gestalten auf diese Weise die zukünftigen, noch nicht realisierten Ansprüche. ⁴⁹⁴⁾ Soweit in Einzelverträgen über die Zahlungsweise besondere Vereinbarungen getroffen sind, widerstehen sie der Beeinflussung durch ungünstigeres Kollektivrecht ⁴⁹⁵⁾; zeigt nämlich eine Forderung nicht nur im Hinblick auf eine etwaige Abtretungsregelung, sondern überhaupt gewollte Besonderheiten, so sollte sich der Leistungsaustausch in dieser Form vollziehen und waren die gegenseitigen Leistungen als ausgewogen angesehen. Man kann nicht gut einzelne Modalitäten einer Forderung herausgreifen, sondern muß die Forderungseigenschaften in ihrer Gesamtheit sehen ⁴⁹⁶⁾. Sind aber keine derartigen individuellen Verein-

493) vgl. oben S. 109 f.

494) Vgl. Herschel, Betr 1956 S. 713 f und insbesondere Knevels, Betr 1960 S. 553 und Wehr BetrBer 1960 S. 709 f.

495) Siehe oben S. 108 f

496) Das gleiche ist ja auch bei entsprechenden Tarifvereinbarungen zu sagen

barungen getroffen, überspielt das Ordnungsprinzip günstigere Regelungen auf einzelvertraglicher Ebene. Abtretungsverbote sind nämlich keinesfalls ein Vorteil für den Arbeitnehmer. Weder bedeuten sie rechtlich eine Lohnsicherung ⁴⁹⁷⁾ noch sind sie als Kollektivrecht - wie etwa sonst ungünstige Vertragsbedingungen - durch eine Änderungskündigung des einzelnen zu beseitigen. Die Forderung wird nominell nicht beschnitten, erfährt jedoch eine vermögenswerte Minderung weil Verkehrsfähigkeitsbeschniedung. Der Normgewalt unterliegen aber alle vermögenswerten Positionen, soweit das mit dem Normzweck vereinbart werden kann. Der Ordnungsgedanke wird hier nicht durch die Senkung der Betriebskosten verwirklicht, sondern durch die Vereinheitlichung des Lohnberechnungsgeschehens. Auch hier kann von einer Enteignung nicht gesprochen werden. Man wird daher gegen die Zulassung kollektivrechtlicher Abtretungsverbote nichts einwenden können ⁴⁹⁸⁾.

b 3) Gleichstufiges Recht, ältere Betriebsvereinbarungen.

Im Verhältnis zu älteren Betriebsvereinbarungen gilt das Günstigkeitsprinzip nicht; andernfalls wäre der Normgeber in der Regel in seinem gesetzgeberischen Ermessen an der Schaffung einer zweckmäßigen und situationsgerechten Rechtsordnung gehindert ⁴⁹⁹⁾. Späteres Recht löst also früheres ab ⁵⁰⁰⁾, wobei eine Rückwirkung in den oben festgelegten Grenzen ebenso zuzulassen ist wie eine Beeinflussung von Ansprüchen, die in früherem, gleichrangigem Kollektivrecht wurzeln ⁵⁰¹⁾.

497) aA: das LArbG Düsseldorf v. 13. 5. 1954 BetrBer 1954 S. 532, das offenbar § 851 Abs. 2 ZPO übersieht.

498) Zum gleichen Ergebnis kommen Bulla, RdA 1962 S. 13 f; Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 52 Anm. 33 mit Weiterverweisen; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 800 und 191 f; BArbG v. 20. 12. 1957 - 1 AZR 237/56 AP Nr. 1 zu § 399 BGB = Betr 1958 S. 489 = BetrBer 1958 S. 448 und v. 5. 9. 1960 - 1 AZR 509/59 Betr 1960 S. 1309 mit zahlreichen Weiterverweisungen; a. A: zu Unrecht Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, Anm. 93 vor § 49; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, VIII BVG § 57 Anm. 8; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 140.

499) So Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 798 f mit Anm. 10.

500) Vgl. Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 404; G. Hueck, Festschrift für Molitor, S. 214 f.

501) Dabei wird in der Literatur zum Teil darauf abgehoben, daß es sich nur um einen Eingriff in eine kollektivrechtlich vorgegebene Stellung

3. Die Versetzung.

Wann von einer Versetzung gesprochen werden kann, hängt davon ab, welche Begriffsbestimmung zu Grunde gelegt wird. Im folgenden soll davon ausgegangen werden, daß Versetzungen sowohl Arbeitsplatzänderungen wie auch reine Arbeitsänderungen sein können ⁵⁰²⁾.

a.) Die Art der zu leistenden Dienste bestimmt sich nach dem Arbeitsvertrag ⁵⁰³⁾, dessen Inhalt evtl. durch Auslegung unter Beachtung sonstiger Normen zwingender Art erst zu ermitteln ist: §§ 157, 242 BGB ⁵⁰⁴⁾. Das gilt sowohl für die Arbeit selbst wie auch für den Arbeitsplatz. Gibt der Vertrag keine feste Begrenzung des Arbeitsgebietes, so hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, unter Nutzung seines Direktionsrechts den Arbeitseinsatz den betrieblichen Notwendigkeiten anzupassen ⁵⁰⁵⁾.

b.) Die Versetzung selbst gestaltet den Vertragsinhalt grundsätzlich nur dann, wenn das in den Tarifbestimmungen vorgesehen ist oder wenn der Einzelvertrag derartige Möglichkeiten zuläßt ⁵⁰⁶⁾. Fraglich ist, welche

handele, vgl. Dietz, RdA 1949 S. 272 mit Hinweisen auf ältere Rechtsprechung; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 799; oN BetrBer 1948 S. 611; Tophoven in einer Anm. in AP 1950 zu Nr. 268. AA: Görner, Betr 1955 S. 727; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 136.

502) Wie hier Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 183; Koch, BetrBer 1955 S. 353; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 258 mit Anm. 22; Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 111 mit Weiterverweisen; Staudinger-Weber, aaO, § 242 Anm. A 482; einschränkend Gumpert, BetrBer 1960 S. 907, der allerdings die Regeln für die Versetzung auf die von seiner Definition nicht erfaßten Fälle entsprechend anwenden will; enger Molitor, BetrBer 1952 S. 493.

503) Kauffmann-Zinkeisen, RdA 1954 S. 376 f; Nikisch, BetrBer 1950 S. 538 f und Lehrbuch, Bd. 1 S. 258; Staudinger-Neumann, aaO, § 611 Anm. 111.

504) Maurer, ArbuR 1956 S. 141; Staudinger-Neumann, aaO, § 611 Anm. 111.

505) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 142 mit Anm. 37 und S. 218; BARbG v. 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 E Bd. 2 S. 222 = Betr 1955 S. 1091 = BetrBer 1956 S. 141 = RdA 1956 S. 119.

506) Man wird also nicht generell von einer rechtsgeschäftlichen Handlung sprechen dürfen, so aber das BARbG v. 20.1.1960 - 4 AZR 267/59 E Bd. 8 S. 338 = BetrBer 1960 S. 445 = NJW 1960 S. 744 = RdA 1960 S. 359, eben weil das Direktionsrecht nur in dem regelungsfreien Raum zu wirken vermag, vgl. auch oben S. 63 Anm. 247.

Umstände solchen Direktiven entgegenstehen, wann der oft Zweifel lassende Vertrag durch die tatsächlichen Umstände gestaltet wird und wann demnach eine Versetzung gehindert ist. Die erstmalige Zuweisung eines Arbeitsplatzes oder einer Arbeit führt noch keine Beschränkung des Direktionsrechts, also eine Selbstbindung des Arbeitgebers für die Zukunft herbei⁵⁰⁷⁾. Sie würde jeder sachgemäßen Betriebsleitung hinderlich sein. Es ist also grundsätzlich von einer aus diesem Ziel der Betriebsführung abzuleitenden Ungebundenheit des Arbeitgebers auszugehen. Das schließt eine stillschweigende Beschränkung⁵⁰⁸⁾ durchaus nicht aus, wie überhaupt die Interessen des Arbeitnehmers nicht übergangen werden dürfen⁵⁰⁹⁾. Aus den tatsächlichen Umständen läßt sich eine Beschränkung des Direktionsrechts hin zur vertraglichen Gebundenheit des Arbeitgebers vertreten, wenn besondere Interessen des Arbeitnehmers Berücksichtigung heischen. Je spezialisierter die zu leistende Arbeit ist - Kennzeichen hierfür mögen der Ausbildungsweg, auch die Befugnis zur eigenverantwortlichen Leitung sein -⁵¹⁰⁾, um so weniger wird eine Versetzung gewollt sein⁵¹¹⁾. Der bloße auf eine Weisung folgende Zeitablauf begrenzt das Versetzungsrecht des Arbeitgebers nicht. Es spricht aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit für seine Gebundenheit aus der Tatsache, daß eine Kraft einen längeren Zeitraum am gleichen Arbeitsplatz oder mit derselben Arbeit befaßt war⁵¹²⁾. Das führt zur Verschärfung der Beweisforderungen, kann aber doch nicht bis zu einer Behinderung einer sachgemäßen Betriebsführung durch Bindungswirkung gehen, was nicht zuletzt auch vom Arbeitnehmer selbst in seinem eigenen Interesse nicht gewollt wäre⁵¹³⁾. Geht man von der Notwendigkeit sachgemäßer

507) Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 111.

508) wie sie z. B. Nikisch, BetrBer 1950 S. 539 für möglich hält.

509) Nipperdey in einer Urteilsanm. in ARS Bd. 8 S. 508 f.

510) Galperin, Betr 1952 S. 187 unter Hinweis auf das LArbG Hessen v. 18.10.1950 WA 1951 Nr. 130; Gumpert, BetrBer 1960 S. 908.

511) Maurer, ArbuR 1956 S. 141.

512) Nikisch, BetrBer 1950 S. 539 und Festschrift für Sitzler, S. 267 mit zahlreichen Nachweisen, der hieraus aber eine Beschränkung des Direktionsrechts ableiten will; ebenso LArbG Frankfurt v. 31.10.1957, Die Betriebsverfassung, 1959 S. 40.

513) Es ist also nicht Maurer, ArbuR 1956 S. 141 mit Anm. 35 und LArbG Frankfurt v. 20.4.1954, zitiert in BStSozArbR 1954 S. 270 Anm. 2, zu

Gestaltung des Betriebsorganismus aus, so muß man, je mehr der Betrieb in Not ist, um so eher zu einem Überwiegen der Interessen des Arbeitgebers gelangen. Je größer die Notlage, um so eher ist also eine Versetzung zuzulassen⁵¹⁴⁾. Selbst wenn eine vertragliche Bindung für den Arbeitgeber besteht, muß ihm ein Notstandsrecht auch über diese Schranke hinweg zugebilligt werden, wenn sein Betrieb in eine ihm unzumutbare Betriebsrisikolage gerät; bei derartigen Notlagen gibt es nahezu keine Begrenzung für die Versetzbarkeit, die ja hier zumeist nur von kurzer Dauer sein dürfte⁵¹⁵⁾. Angestellte haben dann notfalls Arbeitertätigkeiten zu übernehmen, Facharbeiter u. U. Hilfsarbeitertätigkeiten⁵¹⁶⁾.

Damit ist aber noch nicht begründet, daß bei Versetzungen stets auch Lohnverminderungen von Arbeitnehmern hinzunehmen seien. Z. T.⁵¹⁷⁾ wurde die Vermeidung einer Lohnbeschneidung als Grenze für Versetzungen überhaupt angesehen. Diese letztgenannte Ansicht kann aber nicht richtig sein. Das ersieht man daraus, daß damit die Zuweisung einer gänzlich anders gearteten Arbeit nicht verhindert werden kann⁵¹⁸⁾, was

folgen, die der Ansicht sind, wolle der Arbeitgeber keine Beschränkung dulden, so habe er es ausdrücklich klarzustellen. Ebenso muß auch die noch weitergehende Ansicht des LArbG Stuttgart v. 24. 6. 1953 AP 1954 Nr. 94 abgelehnt werden, nach dem (generell?) sogar ein gegenteiliger Vertragswille gegenüber der tatsächlichen Beschäftigung zurückzutreten habe. Derartiges kann nur dann gelten, wenn es sich um die Auslegung von widersprüchlichem, wörtlichem und tatsächlichem Verhalten handelt.

514) Wie hier Galperin, Betr 1952 S. 187; Gumpert, BetrBer 1960 S. 908; Nipperdey in der Anm. in ARS Bd. 8 S. 509 mit Weiterverweis; Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 111; zu eng Palme, BlSt SozArbR 1954 S. 270 f.

515) Kurze Versetzungen werden eher für möglich gehalten als langdauernde; Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 611 Anm. 111.

516) Staudinger-Neumann, aaO. § 611 Anm. 111 mit Zitaten; BArbG v. 29. 1. 1960 - 1 AZR 200/58 E Bd. 9 S. 1 = BetrBer 1960 S. 779 = RdA 1960 S. 400, das Tätigkeitsänderungen zu Recht in einem weiten Bereich zuläßt; vgl. auch LArbG Düsseldorf v. 8. 5. 1959 in "Der Arbeitgeber" 1959 S. 537.

517) RArbG v. 26. 9. 1928 ARS Bd. 4 S. 75 u. ö.; aA: RArbG v. 20. 5. 1941 ARS Bd. 42 S. 163 u. ö.; LArbG Bremen v. 20. 8. 1952 RdA 1952 S. 398.

518) wie Dersch in Anm. zu ARS Bd. 7 S. 257 richtig erkennt.

aber durchaus den Interessen der Arbeitnehmer zuwiderlaufen kann⁵¹⁹⁾. Richtig ist an dieser Auffassung, daß das mit der Versetzung ausgeübte Direktionsrecht nicht in die vertragliche Vereinbarung eingreifen kann und darf⁵²⁰⁾. Es bliebe daher zu bedenken, ob das Direktionsrecht im Falle der Versetzung nicht primär auf die Arbeitsleistung abzielt - ähnlich wie bei der Änderungskündigung die Änderung in den Vordergrund gerückt ist -, also Lohnänderungen die adäquate Folge eines derartigen, rechtlich zuzulassenden Gestaltungsrechts sind, oder ob der Vertragsbestandteil Lohn stets den Auswirkungen von Arbeitsänderungen entzogen sein soll. M.E.⁵²¹⁾ kommt es hierbei ganz entscheidend auf die Vertragsgestaltung an. Hat der Arbeitnehmer sich nur unter besonderen Zulagen oder überhaupt gegen einen aus dem Rahmen des Üblichen fallenden Lohn zur Übernahme der Arbeit bereit erklärt, kann ihm eine Versetzung diese Ansprüche nicht entziehen. Entweder nimmt der Arbeitgeber dann eine u. U. verschieden hohe Entlohnung gleicher Tätigkeiten hin - die hier nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen würde - oder er nimmt von einer fristlosen Versetzung Abstand. Ist aber der übliche Lohn vereinbart, so heißt das, daß die betriebliche Ordnungsgestaltung durch Nutzung des Weisungsrechts nicht an der Lohnhöhe scheitern soll⁵²²⁾, ja sogar zu einer Vertragsinhaltsänderung führen muß. Man hat also für die Auswirkungen der Versetzung bzw. für ihre Zulassung überhaupt einmal den Vertragsinhalt im Hinblick auf die Art und Umstände der Arbeitsleistung zu prüfen und zum anderen Auswirkungen der Versetzung an dem üblichen Bild des neuen Arbeitsplatzes im Vergleich zu dem bisherigen Arbeitsplatz zu messen. Das ist die Folge davon, daß

519) Das krassste Beispiel wäre die Versetzung eines Fabrikdirektors auf einen Hilfsarbeiterposten unter Lohnausgleich.

520) worauf das BArbG v. 11. 6. 1958 - 4 AZR 514 AP Nr. 2 zu § 611 (Direktionsrecht) = BetrBer 1958 S. 1094 richtig hinweist.

521) Vgl. hierzu auch Gumpert, BetrBer 1960 S. 909 f.

522) Zu Recht will also Hueck in Anm. zu ARS Bd. 12 S. 69 bei Versetzungen Zulagen berücksichtigt wissen, wenn der Arbeitnehmer um des Lohnes und der Zulage willen die Arbeit übernommen hat; vgl. auch Neumann, AR-Bl., Versetzung des Arbeitnehmers I, B II 1, nach dem auf Zulagen bei Versetzungen grundsätzlich kein vertraglicher Anspruch bestünde, es sei denn, es handele sich um Funktionszulagen.

Versetzungen nicht nur die Arbeit selbst berühren, sondern daß der neuen Arbeit u. U. üblicherweise auch andere vertragliche Bedingungen zu Grunde liegen ⁵²³⁾. Das Direktionsrecht erweist sich somit als ein Mittel zur Ordnungsgestaltung, das wohl grundsätzlich vertragliche Bedingungen nicht verändern kann, das aber dann zu einer derartigen Änderung führt, wenn es hinsichtlich einzelner Vertragsteile ohne Beschränkung anwendbar ist und die übrigen keine individuellen Kennzeichen tragen. Besonderheiten einer einzelvertraglichen Ausgestaltung stehen also einer Einpassung des Umgesetzten in die übliche Ordnung entgegen.

Das hier gefundene Ergebnis widerspricht nicht der Ablehnung einer Einführung von Kurzarbeit mit Hilfe des Direktionsrechts. Dort wäre es primär darum gegangen, die einzelvertraglichen Abmachungen zu durchbrechen. Hier dagegen bringt die Versetzung unter Änderung des üblichen Lohnes nur eine Einpassung in das für den neuen Arbeitsplatz übliche Lohngefüge. Das ist keine Kollektivrechtswirkung; darin kommt aber ein Eingebettetsein des Einzelvertrages in die Vielheit der Vertragsbindungen zum Ausdruck, eine Kollektivgeneigtheit, wie sie z. B. auch in den sozialen Auswahl Gesichtspunkten beim Kündigungsschutzgesetz entwickelt ist. Das ursprünglich vertraglich geschützte Einzelinteresse des Arbeitnehmers weicht den auf eine Gesamtordnung ausgerichteten Interessen des Arbeitgebers.

c.) Alle oben geschilderten Versetzungsprinzipien führten zur Interessenabwägung, d. h. : ist die Arbeit im Vertrag festgelegt, so kann sie in Ausübung des Direktionsrechts, das den besonderen Interessen des Arbeitnehmers, welche als Ausnahme auch vom Arbeitnehmer nachzuweisen sind, Rechnung zu tragen hat, im Rahmen der Zumutbarkeit des § 242 BGB durch eine Versetzung neu bestimmt werden ⁵²⁴⁾.

523) aA: das BarBG v. 20. 1. 1960 - 4 AZR 267/59 E Bd. 8 S. 338 = BetrBer 1960 S. 445 = RdA 1960 S. 359, das darauf hinweist, daß das Direktionsrecht als Weisungsrecht nur dann zu einer Änderung der Vertragsbedingungen führen könne, wenn dies vertraglich vorgesehen sei.

524) Zum Inhalt der Zumutbarkeit bzw. der Grenze der Unzumutbarkeit vgl. die Ausführungen von Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. B 27, 29.

Unter Umständen steigert sich bei besonderen Interessen des Arbeitnehmers das Versetzungsrecht des Arbeitgebers zur Versetzungspflicht. Wäre durch sie etwa eine Entlassung zu vermeiden, ist der Arbeitgeber gehalten, sie zu ermöglichen ⁵²⁵⁾.

d.) Das Betriebsverfassungsgesetz sieht in den §§ 60 Abs. 3, 61 - 63 vor, daß selbst bei einer Besserstellung oder bei Einverständnis des Arbeitnehmers mit seiner Versetzung der Betriebsrat zur Wahrung der Kollektivinteressen zu beteiligen ist. Bei Prüfung der Wirksamkeit von Versetzungen muß also auch die Einhaltung dieser Bestimmungen nachgewiesen werden, andernfalls kraft Gesetzes die Maßnahme rückgängig gemacht wird ⁵²⁶⁾. Als Wirksamkeitszeitpunkt ist entsprechend dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes in jedem Falle der Zeitpunkt der Maßnahme anzusehen ⁵²⁷⁾, so daß ein weiteres Festhalten des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers an der neuen Situation ohne vertragliche Basis wäre. Diese gesetzliche Konstruktion macht die Annahme eines besonderen für Eilfälle eingreifenden Weisungsrechts ohne Beteiligung des Betriebsrats überflüssig.

4. Die Urlaubsänderung.

a.) Ein Urlaubsanspruch ist gewohnheitsrechtlich anerkannt ⁵²⁸⁾, erwächst aber, soweit er nicht ausdrücklich geregelt ist, eigentlich als Ausfluß der Fürsorgepflicht ⁵²⁹⁾. Er ist ein einheitlicher Anspruch des

525) so auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 582 f mit Nachweisen; Arbeitsgericht Wilhelmshaven v. 16.2.1960 BetrBer 1960 S. 985 bei langjährigen Angestellten. Hinsichtlich der Nachprüfbarkeit ist auf das oben S. 53 ff Gesagte zu verweisen.

526) Dietz, Komm. zum BVG, § 63 Anm. 15; einschränkend Nikisch, Betr 1952 S. 846.

527) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 63 Anm. 6; aA: zu Unrecht Dietz, Komm. zum BVG, § 63 Anm. 15 und die bei Fitting-Kraegeloh aaO Zitierten.

528) Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 77, 78; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 394 f mit Weiterverweisen; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, V A Nr. 15 u. 16 unter Hinweis auf das Bundesarbeitsgericht.

529) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 491 mit Weiterverweisen und A 921. Inzwischen ist das Bundesurlaubsgesetz v. 8.1.

Arbeitnehmers, gerichtet auf bezahlte Freiheit. Der Urlaubszeitpunkt kann entweder vereinbart oder auch einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden ⁵³⁰⁾. Die einseitige Festlegung wurzelt im Direktionsrecht ⁵³¹⁾. Sie dient zwar zugleich der Konkretisierung des Urlaubsanspruchs ⁵³²⁾ und hat somit rechtsgestaltende Folgen. Das hindert nicht, die Festsetzung als Maßnahme des Direktionsrechts anzusehen ⁵³³⁾, da das Direktionsrecht eine zweckmäßige Gestaltung des Betriebsgeschehens ermöglichen soll, was beim Mangel einer Einigung über die Lage des Urlaubs gerade akut wird. Es dient somit zwar auch der Konkretisierung der Arbeitgeberpflichten, begrenzt aber umgekehrt und nicht nur sekundär die Pflichten der Arbeitnehmer ⁵³⁴⁾.

b.) Der Anspruch ist grundsätzlich und ungeteilt zum Zeitpunkt seiner Fälligkeit zu erfüllen. Eine einseitige Abänderung durch den Arbeitgeber ist also in der Regel ausgeschlossen. Fraglich ist, wann eine einseitige Abänderung des Arbeitnehmerurlaubs durch den Arbeitgeber möglich ist, da eine starre Bindung Belastungen des Arbeitgebers erhöhen würde und einer sachgemäßen betrieblichen Leitung hinderlich wäre. Hat der Arbeitnehmer seinen Urlaub noch nicht angetreten, wird jedes schützenswerte Interesse des Arbeitgebers die Arbeitnehmerinteressen um so leichter überspielen können, je weiter entfernt der Urlaubsantritt noch

1963 BGBI I S. 2 ff in Kraft getreten, das den Anspruch ausdrücklich gewährt.

530) Das trifft auch für das BUG zu, wie aus der Fassung des § 7 zu entnehmen ist; vgl. auch Dersch-Neumann, Komm. zum BUG, § 7 Anm. 1; Kammann-Ziepeke, Komm. zum BUG, § 7 Anm. 1.

531) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 407 mit Anm. 70 unter zahlreichen Weiterverweisen; Klein, BetrBer 1960 S. 251 f mit Nachweisen, der allerdings gewisse Zweifel hegt; Köst, BetrBer 1960 S. 567; Kunze u. Farthmann, BetrBer 1962 S. 1164; Molitor, Festschrift für Nipperdey, S. 89; Schelp, Betr 1962 S. 703; BArbG v. 12.10.1961 - 5 AZR 423/60 in AP Nr. 84 zu § 611 BGB (Urlaubsrecht); LArbG Düsseldorf v. 17.3.1955 DRiA 1959 S. 254; aA: Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 343, aufgegeben durch Dersch-Neumann, Komm. zum BUG, § 7 Anm. 17.

532) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 535; Schönfelder, ArbuR 1961 S. 201; nicht etwa seiner Fälligkeitsherbeiführung, aA: aber Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 343.

533) aA: Zöllner, Betr 1957 S. 508.

534) was von Zöllner aaO übersehen wird.

ist. Zugleich wird man aber auch das Erfordernis nach einer Abänderung gerade zu diesem entfernten Zeitpunkt besonders kritisch zu prüfen haben, da es dem Arbeitgeber zumutbar ist, seine Dispositionen unter möglicher Entlastung des Arbeitnehmers zu treffen. Schützenswertes Interesse des Arbeitgebers ist schon die Sicherstellung des üblichen Produktionsablaufs bzw. des allgemeinen Betriebsfortganges⁵³⁵⁾. Hat der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Festlegung seines Urlaubs bereits Aufwendungen für die Gestaltung des Urlaubs gemacht, wird die bloße Gewährleistung des üblichen Betriebsfortganges für Urlaubsänderungen nicht mehr ausreichen⁵³⁶⁾. Das gleiche wird man auch anzunehmen haben, wenn sich die Familienmitglieder des Arbeitnehmers bereits auf die angesetzte Urlaubszeit eingestellt haben, sei es, daß sie besondere Aufwendungen gemacht haben, sei es, daß sie besondere Vorkehrungen getroffen haben, um zur gleichen Zeit ebenfalls Urlaub zu erhalten.

Obwohl die Festlegung des Urlaubs in dem Direktionsrecht gründet, läßt sich die Verlegung des Urlaubs nicht auf das Direktionsrecht stützen. Hier ist nämlich ein bereits entstandener, wenn auch noch nicht fälliger Anspruch gegeben, dessen Inhalt verändert werden soll⁵³⁷⁾.

So weit reicht das Direktionsrecht nicht. Man wird aber dem Arbeitgeber

535) Zu eng verlangt das ArbG Gelsenkirchen v. 19.8.1958 ARSt Bd. XXI Nr. 442 = BetrBer 1958 S. 1135 zwingende betriebliche Belange für Urlaubsverlegungen, vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 409, nach dem dringende Gründe ausreichen; aA: Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 344a und ebenso Dersch-Neumann, Komm. z. BUG, § 7 Anm. 37, die derartige Verlegungen nur in Notfällen zulassen wollen; ebenso Kammann-Ziepke, Komm. z. BUG, § 7 Anm. 13; auch Maus-Groß-Rewollett-Thiele, Handbuch V A Nr. 36 stellt auf Notfälle ab, scheint aber hier der Auffassung zuzuneigen, daß eine derartige Verlegung von einer vertraglichen Vereinbarung abhängig ist. Zu Recht weist Klein, BetrBer 1960 S. 255 darauf hin, daß die Notwendigkeit einer Änderung nicht durch Versäumnisse des Arbeitgebers bedingt und nicht durch anderweitige zumutbare Maßnahmen zu mildern sein dürfe; auch er ist der Ansicht, daß Urlaubsänderungen bei gewichtigen betrieblichen Belangen möglich seien. Ein ähnliches Ergebnis dürfte Schönfelder, ArbuR 1961 S. 203 mit seinem Hinweis auf § 242 BGB anstreben.

536) und zwar jedenfalls dann nicht, wenn der Arbeitgeber nicht seinerseits bereit ist, den Arbeitnehmer finanziell zu entlasten.

537) So auch Zöllner Betr 1957 S. 501.

aus § 242 BGB ein (außerordentliches) Gestaltungsrecht zugestehen müssen⁵³⁸⁾, da der Arbeitgeber wohl nicht die Berücksichtigung seiner Interessen beanspruchen, aber kein Mittel zur Durchsetzung dieser beachtlichen Gesichtspunkte haben kann. Ihn auf einen bloßen Schadenersatzanspruch für den Fall zu verweisen, daß der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, auf sein Begehren einzugehen, dürfte den praktischen Erfordernissen des betrieblichen Lebens nicht genügend Rechnung tragen⁵³⁹⁾. Der Arbeitnehmer ist also bei berechtigten Verlegungswünschen des Arbeitgebers nicht nur in der Geltendmachung seines Anspruchs beschränkt, sondern unterliegt einer einseitigen Gestaltungsgewalt des Arbeitgebers.

Hat der Arbeitnehmer den Urlaub bereits angetreten, so kann aus dem Wesen des Urlaubs, über eine bestimmte Mindestzeit zur Erholung und zur Entfaltung der Person frei verfügen zu können⁵⁴⁰⁾, eine jetzt eintretende Zerstückelung nur aus besonders schwerwiegenden Gründen - also etwa in Betriebsrisikolagen - verlangt werden⁵⁴¹⁾, da sie den Arbeitnehmer in besonderem Maße über das ganze Urlaubsjahr hinweg belastet. Dem Arbeitnehmer entstehende Mehrkosten sind zu ersetzen⁵⁴²⁾. Dieses Gestaltungsrecht des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer erwächst aus der gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme und aus der besonderen personalen Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dem Arbeitgeber ist also aus seiner schwierigen Lage heraus ein entsprechendes Gestaltungsrecht wie vor Urlaubsantritt zu-

538) Unrichtig wäre es, hier eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zustimmung anzunehmen; dazu siehe oben S. 46.

539) Vgl. auch oben S. 48.

540) Vgl. Klein BetrBer 1960 S. 253 und das BARbG v. 1.3.1962 - 5 AZR 191/61 in Betr 1962 S. 705 = BetrBer 1962 S. 338, das dort zur Verrechnung von Urlaub und Kuraufenthalten Stellung nimmt.

541) Gros, AR-BI, Urlaub VI, A, D IV; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 403 (besonders dringende Gründe, Notlagen); Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, V A Nr. 35 spricht von zwingenden Gründen. Auch Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 556 und Dersch-Neumann, Komm. z. BUG, § 7 Anm. 37 lassen in Ausnahmefällen aus wichtigen betrieblichen Gründen eine einseitige Rückrufung zu, ebenso Kammann-Ziepeke, Komm. z. BUG, § 7 Anm. 17.

542) darunter fallen auch die Kosten, die dem Arbeitnehmer durch einen notwendig werdenden Urlaubsabbruch auch der übrigen Familienmitglieder erwachsen.

zubilligen, obwohl es auf seiner Seite um den Schutz materieller Werte geht, denen auf seiten des Arbeitnehmers die ideellen Werte von Gesundheit und Entfaltungsfreiheit gegenüberstehen⁵⁴³⁾. Regelmäßig wird sich der Urlaubsabbruch und die Rückkehr an den Arbeitsplatz auch nicht von heute auf morgen vollziehen lassen, so daß der Arbeitgeber ohnehin nicht mit der sofortigen Verfügbarkeit der Arbeitskraft rechnen kann. Das hat zur Folge, daß man bei der Rückrufung besonders streng zu prüfen haben wird, ob dadurch das Opferziel noch verwirklicht wird.

Läuft im Anschluß an Verlegung oder Rückrufung das Urlaubsjahr ab, so kann den Arbeitnehmer das Opfer, das er im Interesse des Betriebes erbracht hat, nicht um seinen Urlaub, um seine Freizeit bringen. Der Urlaubsanspruch kann also nicht erlöschen⁵⁴⁴⁾. Ist es dagegen nicht möglich, den Urlaub zu nehmen, weil das Arbeitsverhältnis nicht mehr so lange besteht, muß dem Arbeitnehmer wenigstens eine Abgeltung entsprechend dem ihm zuletzt gezahlten Lohn⁵⁴⁵⁾ zugesprochen werden, damit ihm ein Urlaub im Anschluß an das Arbeitsverhältnis ermöglicht wird⁵⁴⁶⁾. Das kann nicht nur auf den Fall beschränkt sein, daß der Urlaubsanspruch bereits entstanden und fällig war⁵⁴⁷⁾. Das Bedenken gegen eine derartige Erstreckung der Abgeltung liegt darin begründet, daß auf diese Weise dem Arbeitnehmer die Umgehung der Pflicht gegen

543) Auch das spricht mit dafür, daß nur schwerste Krisen zur Rückrufung berechtigen.

544) Ebenso Gros, AR-BI, Urlaub V, C III 6; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 408; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch V A Anm. 64; Staudinger-Weber, Komm. z. BGB, § 242 Anm. A 988; vgl. jetzt auch § 7 III S. 2 BUG, wobei in diesem Falle selbst die 3-Monatsgrenze dem Arbeitnehmer nicht nachteilig werden darf!

545) BARbG v. 25. 11. 1958 - 2 AZR 265/58 BetrBer 1959 S. 196 = RdA 1959 S. 318.

546) Dersch, RdA 1954 S. 11; Görner, Betr 1959 S. 830; Gros, AR-BI, Urlaub VI C, C I und IX B I 2; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 412; Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, V A Anm. 99; Monjau, Betr 1952 S. 510 f; Staudinger-Weber, aaO Anm. A 928 mit Weiterverweisen. Das legt nunmehr auch § 7 IV S. 1 BUG fest.

547) So aber Maus-Groß-Rewolle-Thiele, Handbuch, V A Anm. 99; enger das BARbG v. 22. 6. 1956 - 1 AZR 41/55 E Bd. 3 S. 60 = AP Nr. 10 zu § 611 (Urlaubsrecht) = BetrBer 1956 S. 753, auf das Maus verweist, das aber die Fälligkeit nicht voraussetzt. Praktisch würde das nur zu einer Abgeltung in den Fällen des Betriebsrisikos führen.

sich selbst, den Urlaub zu nehmen, erleichtert würde. Andererseits bietet aber gerade das Verlangen eines beachtlichen Interesses als Voraussetzung von Urlaubsverlegungen einen hinreichenden Schutz vor derartigen Manipulationen, die sich letztlich gegen die Gesamtheit richten würden.

Der Abgeltungsanspruch bleibt von etwaigen Forderungskürzungen aus Anlaß betrieblicher Notlagen unberührt ⁵⁴⁸⁾. Der Arbeitnehmer ist durch die Rückrufung oder äußerst kurzfristige Verlegung des Urlaubs in seinen Rechten so erheblich beschnitten worden, daß nicht noch zusätzlich dieser Anspruch angetastet werden darf. Auch die Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen werden unberührt bleiben müssen. Denn ist der Arbeitnehmer z. B. in seinen Lohnansprüchen trotz der nun geforderten Arbeitsleistung beschnitten, so dürfen ihm im Verhältnis zu den übrigen nicht noch deshalb härtere Belastungen aufgebürdet werden, weil er zusätzlich um seinen Urlaub gekommen ist.

c.) Gemäß § 56 BVG ist der Arbeitgeber bei jeder Änderung in der Durchführung des Urlaubsplanes an die Mitwirkung des Betriebsrats gebunden ⁵⁴⁹⁾. Auch dann, wenn nur wenige Arbeitnehmer betroffen werden, sind Maßnahmen zur Verwirklichung der betrieblichen Ordnung unter Beteiligung des Betriebsrats zu treffen. Die Erklärungen des Arbeitgebers werden rechtlich erst durch die Betriebsratsmitwirkung existent ⁵⁵⁰⁾. Dabei erstreckt sich das Recht des Betriebsrats auch auf

548) Das geht nicht auf die Unabdingbarkeit zurück, so richtig Trieschmann, ArbUR 1961 S. 127 für den Fall der Ablehnung des Abgeltungsfortfalles bei außerordentlichen Kündigungen, sondern auf § 242 BGB und seine Interessenabwägung; so auch Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 929.

549) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 23; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 38; Zöllner, Betr 1957 S. 510. Einzelmaßnahmen im Einzelinteresse sind aber mit der herrschenden Meinung auszunehmen: Galperin-Siebert, aaO; vgl. auch Dersch-Neumann, Komm. zum BUG, § 7 Anm. 31 und Kammann-Ziepeke, Komm. zum BUG, § 7 Anm. 9.

550) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 6; Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 53; vgl. auch Fauth, BetrBer 1962 S. 376.

die Festlegung des Urlaubszeitpunktes ⁵⁵¹⁾ wie umgekehrt auch auf die Verlegung und die Rückrufung. Denn wenn es schon gilt, bei der Terminbestimmung generelle Interessen zu wahren, so trifft das erst recht bei einem Verlangen zu, das zu so einschneidenden Folgen wie etwa die Rückrufung führt. Es sind aber auch Eilentscheidungen bei der Neufestlegung des Urlaubs ohne Mitwirkung des Betriebsrats denkbar und rechtsgültig ⁵⁵²⁾. Bei ihnen wäre nachträglich das Einverständnis des Betriebsrats einzuholen ⁵⁵³⁾.

551) Fitting-Kraegeloh, Komm. zum BVG, § 56 Anm. 23; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 826; Zöllner, Betr 1957 S. 510 mit Weiterverweisen.

552) Fauth, BetrBer 1962 S. 376.

553) Ähnlich oben S. 124; vgl. Dersch, Urlaubsgesetze, Rand-Nr. 344b; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 826.

Teil B
Notstandslagen im Rahmen und als Folge
von Arbeitskämpfen.

I. Einleitung:

1. Soziologische Arbeitskampfmerkmale und die geschichtliche Entwicklung.

Arbeitskämpfe konnten sich erst in dem Augenblick entwickeln, in dem den Arbeitnehmern die Freiheit des Zusammenschlusses und die Freiheit, den wirtschaftlichen Druck der Arbeitgeber durch massierten Gegendruck zu bekämpfen ⁵⁵⁴⁾ gewährt wurde. Das war in gewissen Grenzen bereits seit der Einführung der §§ 152 und 153 GewO in den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts der Fall. Nur auf diese Weise war es dem als einzelnen zu schwachen Arbeitnehmer möglich, seiner Stimme durch die solidarische Zusammenfassung in den Organisationen oder ad hoc-Kampfgemeinschaften das nötige Gewicht gegenüber den Forderungen des Kapitals zu verleihen. Wesentliche soziologische Erscheinungen dieser Form der Geltendmachung der eigenen Forderungen sind also das kollektive Moment, die Gruppierung zu kämpfenden Einheiten, deren Ziel einheitlich die Veränderung der bestehenden Arbeitsbedingungen und deren einheitliches Kampfmittel der durch die Arbeitsverweigerung ausgeübte Druck auf die Gegenseite ist. Damit wird zugleich auch die Spannung zwischen kollektivem Handeln und den einzelvertraglichen Bindungen aufgezeigt, denn jede Vielheit handelt durch den Einzelnen, der seinerseits den vertraglichen Bindungen unterworfen ist ⁵⁵⁵⁾.

554) worin auch die Freiheit der Wahl des Druckmittels und seines taktischen Einsatzes mit inbegriffen ist.

555) In dieser Verklammerung von Kollektiv- und Einzelvertragsebene liegt auch für die von Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelten Theorien vom Arbeitskampf das konstruktiv Bedeutsame.

2. Der Arbeitskampf als Kollektivrechtsakt.

Es ist hier nicht der Ort, eine eingehende und umfassende Darstellung des Arbeitskampfes zu entwickeln ⁵⁵⁶⁾. Hier sollen nur zwei der Theorien vom Arbeitskampf und seinen Auswirkungen im Individualbereich skizziert werden, die auf das Schrifttum befruchtend eingewirkt haben und für die weitere Rechtsentwicklung richtungsweisend geworden sind.

a.) Die Suspendierungstheorie nach Bulla.

Bulla hat in einer umfassenden Untersuchung der Probleme des Arbeitskampfes aus der Erkenntnis des zweiseitig kollektiven Wesens des Arbeitskampfes heraus durch die sog. Suspendierungstheorie eine neue Versöhnung von kollektivrechtlichen Instituten und einzelvertraglicher Bindung gesucht ⁵⁵⁷⁾. Kollektivrecht und Einzelrecht sind als Teilgebiet ein und derselben Arbeitsrechtsdisziplin zu bestimmungsgemäßer Endwirkung miteinander verflochten. Ein so eindeutig kollektivrechtliches Institut wie der Arbeitskampf muß aber total unter kollektivrechtlichem Aspekt gewertet werden ⁵⁵⁸⁾. Ist der Arbeitskampf im kollektiven Bereich als erlaubt und grundsätzlich der Rechtsordnung nicht widerstrebend anzusehen ⁵⁵⁹⁾, kann er im Individualbereich nicht mehr rechtswidrig sein. Die richtige Deutung der Wirkung von Kollektivrecht auf das Individualrecht liegt also beim Arbeitskampf in der Erkenntnis vom Wesen des kollektiven Handelns begründet. Die Gemeinsamkeit der Einzelhandlungen läßt den Kollektivakt erst existent werden. Als solcher tritt er nach außen in Erscheinung und verdrängt damit das Bild des individuellen Handelns ⁵⁶⁰⁾. Kollektivakt und Kampfzustand sind kongruente Erscheinungen ein und derselben rechtlichen Tatsache. "Das Gesamthan-

556) Insoweit muß auf die Lehrbücher, insbesondere Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2, S. 604 ff. und Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 77 ff. hingewiesen werden.

557) Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 163 ff.

558) Bulla, aaO, S. 180.

559) und davon muß ausgegangen werden, vgl. Bulla, RdA 1962 S. 8 mit zahlreichen Weiterverweisen in Anm. 27.

560) Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 182; das bedeutet nicht, Kollektivrecht geht Individualrecht vor. Einen solchen Rechtssatz gibt es nicht, wie Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 396 unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG zu Recht hervorhebt.

deln der vielen und der daraus entstehende kollektive Kampfact sind nur zwei Seiten desselben kollektiven Phänomens" und daher begrifflich nicht in eine kollektive und eine Individualseite zu zerreißen⁵⁶¹⁾. Diese Kollektivaktsdeutung führt zu einer Verdrängung wesensfremder Vertragsbindungen vornehmlich der Arbeits- und Lohnzahlungspflichten aus dem Arbeitsvertrage⁵⁶²⁾. Sie werden für die Dauer des Kampfes unter Erhaltung des Vertragsrahmens suspendiert⁵⁶³⁾.

b.) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Auf dieser Auffassung vom kollektiven Wesen des Arbeitskampfes aufbauend, hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Grundsatzentscheidung vom 28.1.1955⁵⁶⁴⁾ sich - wenn auch nicht in vollem Umfange - zur Suspendierung bekannt. Bei der Aussperrung hat es nämlich angenommen, daß der Arbeitgeber wegen des Grundsatzes der Waffengleichheit die Möglichkeit haben müsse, gegenüber einem Streik mit der Lösung der Arbeitsverhältnisse durch Aussperrung zu antworten, wobei offen bleibt, ob nicht im Einzelfall eine Suspendierung möglich sei⁵⁶⁵⁾. Diese Ansicht bedeutet ebenfalls einen wesentlichen Schritt von der in individualrechtlichen Gedankengängen verfangenen älteren Lehrmeinung hin zur Erkenntnis und rechten Einordnung kollektiver Vorgänge^{566) 567)}.

561) Bulla, aaO, S. 183.

562) Vgl. hierzu auch Berteles, Rechtsnatur, S. 99 f.

563) Bulla, aaO, S. 187 und Berteles aaO.

564) GS 1/54 - 1 AZR 165/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 ff = NJW 1955 S. 882 = RdA 1955 S. 198.

565) Daß einer Aussperrung grundsätzlich auch eine Lösungswirkung zugesprochen werden kann, wird auch von Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 387; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 612; Siebrecht, Das Recht, S. 114 anerkannt; ebenso Isele, Festschrift für Molitor, S. 111.

566) Dabei war aber sicherlich nicht beabsichtigt, die Beteiligung an der Kollektivhandlung jeder individualrechtlichen Betrachtung zu entziehen oder als neutrale Handlung zu werten, die einen individualrechtlich nicht erfassbaren Sachverhalt darstellt (vgl. etwa die Deutungen von Siebert, RdA 1956 S. 16; Brandner, BetrBer 1957 S. 1281); vgl. die Darlegungen unten S. 163 f und 176.

567) So suchen auch heute eine ganze Reihe von Autoren den Gegensatz von Kollektiv- und Individualrecht zu Gunsten des Kollektivrechts zu über-

c.) Eigene Stellungnahme.

Die von Bulla erarbeitete Einordnung des Arbeitskampfes in den Kollektivrechtskreis muß aus den am angegebenen Ort überzeugend dargelegten Gründen Ausgangspunkt der Überlegungen bleiben^{568) 569)}. Man wird allerdings, um das Risiko des Kampfes gleichmäßig und generell bis zum Arbeitsplatz- bzw. Arbeitskraftverlust als dem gewichtigsten wirtschaftlichen Druck steigern zu können, nicht bei einer bloßen Suspendierung stehen bleiben dürfen, auch wenn Kampfziel die Verbesserung der Arbeitsbedingungen ist und daher die Fortsetzung der vertraglichen Beziehungen von Bedeutung bleibt. Andererseits kann man aber auch nicht in jedem Fall eine Lösungswirkung befürworten. Sowohl der Angriff durch einen Streik als auch durch eine Aussperrung werden in der Regel aus den angeführten Überlegungen heraus nur zu einer Suspendierung führen. Sie ist das mildere Kampfmittel und wird, von der "ultima ratio"-Einstellung her gesehen, die zu Recht jeden Kampf als letzten Ausweg ansieht⁵⁷⁰⁾, die erste und grundsätzlich anzunehmende Stufe eines Arbeitskampfes sein. Die Abwehr wird wohl regelmäßig darüber hinausgehen⁵⁷¹⁾. Nur so ist das Risiko der Betriebsvernichtung durch den Streik generell einschränkbar und nur so kann das Kollektiv der Arbeitnehmer ebenfalls auf ein echtes Risiko, das nicht nur in der Überbrückung vor-

brücken: vgl. Fabricius, RdA 1962 S. 102 sowie die umfassenden Nachweisungen daselbst in Anm. 5 auf S. 94 und Berteles, Rechtsnatur, S. 41 und 100.

568) Kritisch und ablehnend insbesondere, Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 196, der von einer Übersteigerung des Kollektivgedankens spricht; weitere Hinweise bei Fabricius, RdA 1962 S. 95, der im übrigen zu Recht gegen die von Nikisch vertretene Auffassung Stellung nimmt (aaO S. 96 f). 569) Um das Ergebnis, nämlich die Verneinung eines Vertragsbruchs durch Beteiligung am kollektiven Handeln abzustützen und konstruktiv durchsichtiger zu gestalten, wird man aber noch weitere Überlegungen anzustellen haben. Hierauf soll unten S. 164 eingegangen werden.

570) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 642; Osswald, Der Streik, S. 37; Siebrecht, Das Recht, S. 42. Gegen die hier vertretene Auffassung äußert sich Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 142, der das Mittel - Zweck - Verhältnis nicht unter diesen Begriff gezogen wissen will.

571) Vgl. BArbG v. 28. 1. 1955 GS 1/54 - 1 AZR 165/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 ff = RdA 1955 S. 198.

übergehender Lohnausfälle liegt, zurückgeworfen werden⁵⁷²⁾. Die kollektive Betrachtung verbietet, das mit Arbeitskämpfen verknüpfte Arbeitsplatzrisiko⁵⁷³⁾ allein auf Einzelne der Arbeitnehmerschaft abwälzen zu dürfen, da es die Gesamtheit ist, mit der der Kampf geführt wird⁵⁷⁴⁾.

Die Antwort des Angegriffenen muß aber nicht die Lösung der Arbeitsverhältnisse sein; sie kann sich - wenn Angegriffener der Arbeitgeber ist - durchaus auch in dem Rahmen einer Aussperrung mit Suspendierungseffekt erschöpfen⁵⁷⁵⁾. Das ist nicht nur für den Angreifer von Bedeutung, der sich, wenn er seinen Kampf einzustellen beabsichtigt, nun seinerseits der fortdauernden Kampfmaßnahme des Gegners gegenüber sieht, sondern auch im Hinblick auf eine sachgerechte und kampfwise Abwehr bei sog. Brechstangenstreiks bedeutsam⁵⁷⁶⁾. Auf diese Weise wird den Kampfparteien das für die jeweilige wirtschaftliche Situation angemessene Kampfmittel an die Hand gegeben und die Gleichheit der Waffenschärfe gewahrt⁵⁷⁷⁾.

Als Streik ist also jede kampfwise Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer mit bloßer Suspendierung der Arbeitspflicht wie auch mit Lösungswirkung anzusehen, die das Ziel verfolgt, Arbeitsbedingungen zu verbessern. Die Aussperrung ist das kollektiv gezielte Zurückhalten von

572) Siehe Fabricius, RdA 1962 S. 99 mit Weiterverweisen.

573) Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 188.

574) Eine andere Auffassung lassen die Ausführungen von Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 182 ff, 187 und von Fabricius, RdA 1962 S. 99, 100 f. erkennen. - Die hier vertretene Auffassung der Notwendigkeit auch einer Lösungswirkung bei Arbeitskämpfen hat nichts mit naturwissenschaftlich kausaler Betrachtung zu tun, wie Fabricius, RdA 1962 S. 101 meint, sondern ist gerade die rechtliche Verwirklichung der soziologischen Kampfeigentümlichkeiten.

575) aA: LArbG Bremen v. 30. 7. 1958 Die BetrVerf 1959 S. 39; wie hier Nüss, NJW 1961 S. 1959. Deshalb hat Nipperdey, Betr 1963 S. 1614 recht, wenn er je nach dem von der Kampfpartei erklärten Willen umgekehrt auch einen lösenden Streik zuläßt.

576) Hierzu näher unten S. 138 ff; unrichtig also Berteles Rechtsnatur, S. 107, der Aussperrungen nur gegenüber Arbeitswilligen für sinnvoll hält.

577) Ganz allgemeine Überzeugung, daß von einer Gleichheit der Kampfmittel ausgegangen werden muß: Bötticher, Waffengleichheit, S. 5 f; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 619.

Löhnen unter Suspendierung oder in Verbindung mit einer Lösung der Einzelverträge mit dem Ziel der Veränderung der Arbeitsbedingungen im Sinne des oder der Arbeitgeber.

II. Die Lohnzahlungspflicht bei Arbeitskämpfen.

Gegenüber Streikenden besteht keine Lohnzahlungspflicht: §§ 614 und 320 BGB ⁵⁷⁸⁾. Wird der Arbeitgeber durch einen Streik in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt, so ist es u. U. gerechtfertigt, ihn auch von seiner Lohnzahlungspflicht gegenüber Nichtstreikenden zu befreien.

1. Die Lohnzahlungen beim Teilstreik.

a.) Abwehraussperrung und Unzumutbarkeit beim Teilstreik.

a 1) Streikt nur ein Teil der Arbeitskräfte eines Arbeitgebers, so kann ihn ein derartiger Teilstreik bereits so schwer treffen, dass er nachzugeben bereit ist. Das wird insbesondere dann so sein, wenn der Ausfall der Streikenden die gesamte Produktion des Arbeitgebers lähmt. Das streikende Kollektiv braucht also nur günstig genug ausgesucht zu sein und es wird auch unter einem geringeren Einsatz von Arbeitnehmern und von Arbeitsplätzen, also unter kleinerem Risiko, eine Veränderung der von diesem Arbeitgeber gewährten Arbeitsbedingungen erreichen.

Die in jedem streikweisen Angriff liegende wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers würde besonders groß sein, wenn wegen des Arbeitsausfalls der Streikenden auch ein Teil oder sämtliche der übrigen Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht mehr zu verrichten vermögen, der Arbeitgeber ihnen gegenüber gleichwohl zur Zahlung der Löhne verpflichtet bliebe. Dieser Fall, der hier erörtert werden soll, weist gewisse Parallelen zu den Betriebsrisikofällen auf, wie sie oben ⁵⁷⁹⁾ geschildert wur-

578) Sofern nicht etwa von einer Lösung des einzelnen Arbeitsverhältnisses auszugehen ist.

579) S. 5 f.

den: die dem einzelnen nicht Mitstreikenden obliegende Tätigkeit ist nicht mehr möglich, die in der Lohnfortzahlung liegende wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber aber u. U. von erheblichem Gewicht. Eine Lösung dieses Falles mit Hilfe der Regeln der Unmöglichkeit oder des Annahmeverzugs führt ebensowenig wie bei den Betriebsrisikofällen ⁵⁸⁰⁾ zu einem befriedigenden Ergebnis. So greift denn die ganz herrschende Meinung auf die Lehre vom Betriebsrisiko zurück und findet in ihr den Ansatz zur Lösung auch dieses Falles ⁵⁸¹⁾: das den Arbeitgeber grundsätzlich treffende wirtschaftliche Risiko wird auf die nicht mitkämpfenden Arbeitnehmer abgewälzt. Zur Begründung wird der Begriff der Unzumutbarkeit herangezogen; die Bindung des Arbeitgebers an seine Lohnzahlungspflichten sei unzumutbar. Dabei wird ganz richtig erkannt, dass die Kampfsituation eine neue Abgrenzung des wirtschaftlichen Risikos des Arbeitgebers verlangt. Hielte man sich nämlich an die einmal bestimmte Risikogrenze und wollte man die Lohnzahlung erst bei Betriebsbestandsgefährdung einzustellen gestatten, wäre nichts gewonnen, da der Arbeitgeber in diesen Grenzfällen wegen der Sittenwidrigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit des Streiks sowieso schon Ersatzansprüche hat; solange aber diese Unzumutbarkeitsgrenze nicht erreicht ist, würde man ihn verpflichten, seine Bindungen gegenüber den nichtstreikenden Arbeitnehmern hinzunehmen. Zudem würden Kampfdauer und zeitliche Risikoabwälzungsbegrenzung fast nie zu vereinbaren sein. Die Anwendung sämtlicher Regeln des Betriebsrisikos erweist sich also als mehr als unzureichend. Glaubt man dagegen von einer Bindung an die Unzumutbarkeitsgrenze absehen zu können, verläßt man aber die Lehre vom Betriebsrisiko.

Bei der Lösung des Falles ist nicht zu übersehen, daß es sich bei einer generellen Lohnzahlungseinstellung stets um die Abwendung der

580) s. o. S. 6 ff.

581) Bulla, Besprechung der Entsch. des BARbG v. 8.2.1957 - 1 AZR 338/55 in AR-BI, Arbeitskampf, II Streik, Entsch. 7 unter 3. und 4.; Dietz in Anm. zu Nr. 28 AP 1954 S. 104; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 321 f; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 607; Schnorr v. Carolsfeld, Lehrbuch, S. 220; Siebrecht, Das Recht, S. 48 f; BARbG v. 8.2.1957, E Bd. 3 S. 346 = AP Nr. 2 zu § 615 (Betriebsrisiko) = BetrBer 1957 S. 366; LArbG Kiel v. 8.3.1957, BetrBer S. 677.

Streikfolgen handelt. Dem hat die rechtliche Qualifizierung der Lohnzahlungseinstellung Rechnung zu tragen. Das kann nur zweierlei bedeuten: Die Einbeziehung der Nichtstreikenden in den Kampf, sofern nur das Recht hierzu eine Handhabe bietet, oder die "bloße" Abwälzung der durch den Kampf heraufbeschworenen wirtschaftlichen Belastung.

a 2) Eine Abwehr braucht und kann sich nicht unbedingt auf die Kämpfenden beschränken. Das von den Arbeitnehmern gewählte Kampfmittel Streik ist primär die Zurückhaltung der Arbeitsleistung und damit ein Eingriff in die Gewerbeausübung^{582) 583)}, ein gewollter wirtschaftlicher Druck. Dieser ist das Entscheidende. Er soll den Arbeitgeber bezwingen⁵⁸⁴⁾. Die gesamte Wirtschaftslage des Arbeitgebers soll erschüttert werden. Ebenso müssen sich aber auch die Folgen einer Abwehr im ge-

582) Dieses schon vor dem BGB aus § 1 der Gewerbeordnung hergeleitete Recht am Gewerbebetrieb wird heute in Literatur und Rechtsprechung zum festen Bestand geschützter Rechte gerechnet, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 34 ff. und Festschrift für Sitzler, S. 91 mit Anm. 40; aus dem neueren Schrifttum vgl. etwa die Stellungnahme von Luftt in NJW 1961 S. 2003 mit Rechtsprechungsnachweisen; zur Rechtsqualität E. v. Caemmerer, Festschrift für E. Rabel, S. 400. Zu Unrecht wird allerdings von Begemann dieses Recht als situationsgebunden und variabel aufgefaßt (Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 59 ff).

583) Gegen die hier vertretene Auffassung von einem Eingriff in die Gewerbeausübung: Begemann, Der Streik, insbesondere S. 76 f, der übersieht, daß der Streikwille nicht immer von außerhalb des Betriebes stammen muß und daß die Erhaltung der Arbeitswilligkeit durch die vertragliche Bindung rechtlich geschützt ist; aA: ebenfalls Hoeniger, RdA 1953 S. 211, dessen Argumentation zu Recht von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 634 Anm. 16 und Begemann, Der Streik, S. 71 f. angegriffen wird; zu Unrecht wird von beiden vorgenannten Autoren ohne Grund zwischen Eingriffen von dritter Seite und von Betriebsangehörigen unterschieden.

584) Groh, Koalitionsrecht, S. 128; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 390; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 94; Pohle, Diss. S. 14; unsicher Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 634 und Festschrift für Sitzler, S. 88; einschränkend: Bulla, AR-BI, Arbeitskampf III Ausspernung, I 1; unklar: Siebrecht, Das Recht, S. 18; Wiedemann, RdA 1961, S. 7, bezeichnet als Angriffsgut bei Arbeitskämpfen die Vertragsgestaltungsfreiheit. Das ist richtig, wenn man nach dem Endziel des Handelns fragt; beabsichtigter notwendiger Durchgangserfolg ist und bleibt aber die wirtschaftliche Beeinträchtigung als Mittel zur Erreichung des Zieles.

samen wirtschaftlichen Bereich entfalten können; nur das ist dem Arbeitgeber zumutbar. Darin liegt nicht etwa eine Benachteiligung der nicht-streikenden Arbeitnehmer gegenüber den Firmenkunden, die man zweifellos nicht in ihren Rechten beschneiden darf; der Kampfbereich kann aber nur soweit reichen, wie es sich um den Sozialpartner handelt.

Es ist also das gewählte Mittel Streik, das diese Folgen grundsätzlich im gesamten wirtschaftlichen Bereich erzwingt. Berücksichtigt man das, ist auch das Prinzip der Waffengleichheit gewahrt; Angriff und Abwehr im gesamtwirtschaftlichen Bereich. Das für den Arbeitgeber wie für den Arbeitnehmer Entscheidende ist nicht das Fernhalten von der Arbeit, sondern das Unterbleiben der Lohnzahlung⁵⁸⁵⁾. Sie ist die vom Arbeitgeber zu erbringende Hauptleistung, die ihn bei Arbeitsausfällen am meisten belastet, so wie beim Streikenden die Hauptleistung, die zurückgehalten wird, die Arbeit in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für den Betrieb ist. Diese am wirtschaftlichen Erfolg orientierte Ansicht ist - wie schon erwähnt - nicht zuletzt aus Gründen der Kampfparität zu verfolgen.

Die Zurückhaltung des Lohnes der Nichtstreikenden ist ein *actus contrarius* gegenüber dem bisherigen Verhalten, der Zahlung des Lohnes. Er kann sich also als eine Aussperrung, als die kampfwise Zurückhaltung wirtschaftlicher Vorteile darstellen⁵⁸⁶⁾. Wesentliche Voraussetzung für eine derartige Beurteilung ist aber, daß der Arbeitgeber, das Kampfziel der Angreifer selbst mißbilligend und seine Erreichung be-

585) Wirtschaftliches Moment beim suspendierenden Angriff; Erhaltung des Arbeitsplatzes als Lohnquelle bei Vertragslösung.

586) Daß nur eine begrenzte Zahl von Arbeitnehmern erfaßt ist, steht der Annahme einer Aussperrung nicht entgegen, da diese in zeitlicher, räumlicher und persönlicher Hinsicht eingeschränkt sein kann: Bulla, AR-BI, Arbeitskampf II D III 2 c; G. Esser, BetrBer 1959 S. 1315; eine Teilaussperrung bejahen auch Bulla, Festschrift für Molitor, S. 294; Gift, RdA 1960 S. 168 und Nikisch in Anm. zu BARbG v. 28.1.1955 - GS 1/54 SAE 1956 S. 11; wohl auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 617; entscheidend ist stets der kollektiv zielende Kampfwille; aA. allerdings das BARbG v. 5.9.1955 - 1 AZR 480/54, Betr 1955 S. 1018 = BetrBer 1955 S. 929 = RdA 1955 S. 399, einschränkend die Entsch. v. 14.10.1960 - 1 AZR 233/58 AP Nr. 10 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = BetrBer 1961 S. 175 = NJW 1961 S. 573.

wußt vereitelnd, sich auf breitester Front - nämlich soweit eine rechtliche Verknüpfung der ihm gegenüberstehenden Arbeitnehmer gegeben ist - verteidigen will.

Fraglich ist, ob es sich dabei um eine Abwehr- oder eine Angriffsaussperrung handelt. Ziel einer Angriffsaussperrung müsste die Änderung bestehender Arbeitsbedingungen als echtes Eigenziel und nicht nur die Verhinderung fremder Absichten sein. Ziel der Abwehraussperrung ist die Verhinderung des mit einem Streik verfolgten Zwecks, also der Zusammenbruch des Streiks. Die generelle Einstellung der Lohnzahlungen bei Teilstreiks ist also Abwehraussperrung⁵⁸⁷⁾, da sie der Zurückdrängung der streikweise verfolgten Forderungen dient⁵⁸⁸⁾.

a 3) Zu Unrecht verlangen aber Bötticher⁵⁸⁹⁾ und Nipperdey⁵⁹⁰⁾ grundsätzlich eine Abwehraussperrung, um den Arbeitgeber von seinen Lohnzahlungspflichten zu entlasten und zwingen damit zu einer nicht immer gewollten und grundsätzlich unerwünschten Kampfausweitung.

Ist die Arbeit auch der nichtkämpfenden Arbeitnehmerkollegen verhindert, ist es unbillig, dies dem Arbeitgeber anzulasten, zumal unter den Arbeitnehmern eines Betriebes untereinander eine besondere Verbundenheit, die Solidarität, besteht, wenn es sich für die Arbeitnehmerseite darum handelt, sich unter dem Einsatz ihrer Machtmittel gegenüber dem Sozialpartner durchzusetzen⁵⁹¹⁾.

587) Auch das RArbG v. 27.9.1957 - 1 AZR 81/56 = Betr 1957 S. 1130 = BetrBer 1957 S. 1142 = RdA 1958 S. 39 bezeichnet die Aussperrung von Nichtstreikenden in diesem Fall als Abwehrmaßnahme. Die gleichen Merkmale setzen auch Bulla, AR-BI. Arbeitskampf III, Aussperrung IV 4, Hoeniger, BetrBer 1955 S. 705 f und Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 97 bei Abwehrmaßnahmen voraus.

588) Die Lohnzahlungseinstellung ist nicht auch Sympathieaussperrung, da der Aussperrende im eigenen Interesse handelt; so auch Gift, RdA 1960 S. 170; vgl. auch unten S. 171

589) Waffengleichheit, S. 13.

590) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 617 mit Anm. 48, eingeschränkt allerdings gerade für die Fälle sogenannter Brechstangenstreiks.

591) Die Ableitung und Deutung der Solidarität sei unten S. 144 ff vorgenommen, da sie im Spannungsfeld des Kampfwillens beider Sozialpartner ihren eigentlichen Standort hat.

Es ist oben ⁵⁹²⁾ schon dargelegt worden, daß der Inhalt des Begriffes der Unzumutbarkeit von den in dem einzelnen Falle zu beachtenden Interessen geformt ist und daß diese möglichst umfassend zu prüfen sind. Dort wurde auch die Erkenntnis gewonnen, daß es nicht die Gemeinschaft der Arbeitnehmer ist, die die Ursache der Risikoabwälzung oder der das Opfer zu erbringen ist, sondern daß die Rechtsordnung den Betrieb zu erhalten strebt ⁵⁹³⁾.

In dem hier zu prüfenden Falle soll die Abwälzung der wirtschaftlichen Belastung auf die Nichtkämpfenden schon gestattet werden, bevor die Grenze "Bestandsgefahr" erreicht ist; den Nichtkämpfenden wird also das Tun der Kämpfenden zugerechnet. Sie erbringen ihr in dem Lohnentzug liegendes Opfer um ihrer Verbundenheit mit den Streikenden willen. Das ist noch kein Opfer zu deren Gunsten, wohl aber eine Verflechtung der Geschicke der einzelnen Arbeitsverhältnisse der Solidarischen. Der Gedanke des Kollektivs findet damit Eingang in den einzelnen Vertrag: Die Kampfsolidarität erweist sich als die Brücke zwischen Kollektiv- und Einzelvertragssebene, der umfassende Betriff der Unzumutbarkeit als das Tor des Einzelvertrages. Dabei wird die Solidarität bei der Interessenabwägung nicht etwa als ein unmittelbares Interesse eines der Vertragspartner gewertet. Ihre Anerkennung ist der Rechtsordnung im Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung abgerungen. Ihre Berücksichtigung stellt sich demzufolge als ein Gesamtheitsinteresse an der Wahrung des gewordenen Rechts dar. Das Gesamtheitsinteresse verleiht den parallelen Arbeitgeberinteressen, die auf eine Vorverlegung der Risikogrenze gerichtet sind, das Übergewicht über die Interessen des Vertragspartners. Der Fortbestand der Lohnzahlungspflicht gegenüber den Nichtstreikenden ist demgemäß für den Arbeitgeber unzumutbar.

Der herrschenden Meinung ist also zu folgen, wenn sie sagt, daß im Falle der Arbeitsunmöglichkeit die Lohnzahlung auch gegenüber den Nichtstreikenden eingestellt werden darf; das Einzelvertragsrecht bietet dazu in seinem Begriff der Unzumutbarkeit die rechtliche Handhabe.

592) S. 31 ff, S. 40 ff.

593) S. 32 f.

Voraussetzung ist aber, daß der Arbeitgeber sich nicht als Kämpfer auch gegenüber den Nichtstreikenden betrachtet ⁵⁹⁴⁾, andernfalls er nämlich mit der Lohnzahlungseinstellung zu einer Kampfmaßnahme gegriffen hat ⁵⁹⁵⁾.

b.) Die Erklärung der Aussperrung.

In der Ablehnung der Arbeitsannahme wegen Streik liegt die Aussperrungserklärung; da Kampfmaßnahmen willensgebunden sind, ist nicht etwa eine Aussperrung schon beim bloßen Vorliegen einer Beschäftigungsunmöglichkeit anzunehmen. Der Kampfwille muß kundgetan werden. Es hat also eine Erklärung des Willens zu erfolgen. Diesen Willenserklärungen ⁵⁹⁶⁾, die trotz ihres Zieles "Kollektiv" an den einzelnen Arbeitnehmer als Glied des Kollektivs zu richten sind - nicht zuletzt auch, weil sie ja ihre Wirkungen auf der Ebene des Einzelvertrages entfalten sollen ⁵⁹⁷⁾ -, ist wie allen Willenserklärungen aus Treu und Glauben die

594) s. o. S. 139 f.

595) Wie schwer die Unterscheidung zwischen bloßer Lohnzahlungseinstellung und Kampfmaßnahme fällt, zeigen das BARbG in seinen Entsch. v. 24. 1. 1958 - 1 AZR 132/57 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) = BetrBer 1958 S. 340 = RdA 1958 S. 199 und v. 25. 7. 1957 - 1 AZR 194/56 - AP Nr. 3 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) = BetrBer 1957, S. 965 = RdA 1957 S. 437 und Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 379, die von einer Beurlaubung der Nichtstreikenden sprechen und damit den in der Lohnentziehung liegenden Willensakt des Arbeitgebers betonen. Weil also der Unterschied zwischen einer reinen Schutzhandlung und einem Kampfact in tatsächlicher Hinsicht, in der Auswirkung auf die Hauptpflicht des Arbeitgebers, gering ist, wird man vom Arbeitgeber auch die Klarstellung seines Willens zum Kampf zu fordern haben, wenn er zur Durchsetzung seiner Interessen zum härtesten Mittel, nämlich zum Kampf, greift. Wo sich allerdings der Arbeitgeber wie hier bei Teilstreiks im gleichen Betriebe einer direkten, unmittelbaren Aggression gegenüber sieht, wird sein Wille zum Kampf erleichtert angenommen werden können.

596) Esser, BetrBer 1959, S. 1312; Siebrecht, Das Recht, S. 109; wohl auch Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 98; nach Gift, RdA 1960 S. 170 sind die Regeln über Willenserklärungen nur analog anzuwenden. Hoeniger, BetrBer 1955, S. 705 und Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 413, wollen überhaupt nur einen Realakt annehmen, was m. E. aber an dem Willen zur Rechtsfolge vorbeigeht.

597) wie auch umgekehrt der Streik eine Gesamterklärung ist; aA.: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 619.

Bedeutung beizulegen, die ihnen objektiv vom Standpunkt des Empfängers aus innezuwohnen scheint ⁵⁹⁸⁾.

c.) Die Grenzen der Abwehraussperrung beim Teilstreik.

c 1) Keine Grenze: Die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Angriffsstreiks.

Für die Frage der Zulässigkeit solcher Zahlungseinstellungen ist es unerheblich, ob der abzuwehrende Streik rechtswidrig ist oder nicht. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung für eventuelle Schadensersatzansprüche gegenüber den Streikenden. Für die Einstellung der Lohnzahlung ist das Kampfmittel Streik nur insoweit Voraussetzung, als dieses mit seinen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen grundsätzlich auch den Bereich der Abwehr festlegt. Ist schon die Abwehr eines rechtmäßigen Streiks erlaubt, so muß es auch und erst recht die eines rechtswidrigen sein, wie der Gedanke der Notwehr des Zivilrechts bestätigt.

c 2) Die Solidarität als Grenze der Abwehraussperrung beim Teilstreik.

Ob allerdings in jedem Fall der gesamtwirtschaftliche Bereich zugleich der Abwehrbereich ist, erscheint fraglich. Folgendes Beispiel mag das erhellen: Ein Arbeitgeber hat zwei verschiedene und voneinander unabhängige Betriebe, den einen etwa in Hamburg, den anderen in Bayern. Soll er nun tatsächlich berechtigt sein, bei seiner Bestreikung in Bayern auch die Lohnzahlung in Hamburg einzustellen? Schon vom Ergebnis her gesehen, kann das nicht rechtens sein. Man wird füglich zu bezweifeln haben, ob die Arbeitnehmer dieser zwei Betriebe so miteinander verbun-

598) So für die Willenserklärung der Kündigung: LArbG Hamm v. 24.2. 1953 PraktArbR 1959 KSchG § 1 Abs. 1 Nr. 94; OAG Rheinland/Pfalz v. 9.12.1949 Betr 1950 S. 72 = PraktArbR 1959 KSchG § 1 Abs. 1 Nr. 33. Man könnte allerdings auch daran denken, dass sich, ähnlich wie oben bei der Vertragsbeendigung dargelegt, vgl. o. S. 57 Anm. 209, u. U. eine ausdrückliche Erklärung der Aussperrung erübrigt, wenn nämlich die willentliche Kampfaufnahme des Arbeitgebers aus den Umständen klar genug hervorgeht. Wegen der zu fordernden Kampfklarheit wird das aber nur in ganz seltenen Ausnahmefällen angenommen werden dürfen.

den sind, daß den Arbeitnehmern des einen Kampfhandlungen der Arbeitnehmer des anderen zuzurechnen, mit anderen Worten: daß sie solidarisch sind. Ist eine derartige Solidarität zu verneinen, so wäre jede als Abwehr gedachte Überschreitung der Solidaritätsgrenze nicht mehr rechtmäßig und folglich eine Vertragsverletzung⁵⁹⁹⁾.

c 2 a) Abzulehnende Auffassung vom Wesen und Inhalt der Solidarität.

Wesen und Inhalt der Solidarität zu erfassen, fällt außerordentlich schwer. Sie mit dem Begriff der Adäquanz in Verbindung bringen zu wollen, geht nicht an. Die Adäquanz ist die zivilrechtliche Anerkennung der Kausalität von Ursachen. Gegen die Gleichsetzung der Begriffe Solidarität und Adäquanz spricht, daß die Kausalität stets nur eine Frage nach den zu berücksichtigenden Ursachen, nach der Handlung des Schädigers im Verhältnis zum Geschädigten ist. Hier würde dagegen regelwidrig noch die (vorangehende) Handlung eines Dritten einzubeziehen sein⁶⁰⁰⁾.

Ebensowenig lässt sich die Solidarität mit echten eigenen Interessen am Kampfergebnis gleichsetzen⁶⁰¹⁾ oder auch nur - mangels Abgrenzungsmöglichkeit - durch eine mittelbare Begünstigung eigener Interessen erläutern.

Eine Solidarität nur unter gewerkschaftlich Organisierten anzunehmen⁶⁰²⁾, führt notwendig zur rechtlichen Ablehnung "wilder" Arbeitskämpfe, weil der kollektive Zusammenhalt nicht anerkannt wird. Zwar mißbilligt

599) Die Einstellung der Lohnzahlung wird deshalb aber noch nicht zur Angriffsaussperrung, weil mit ihr kein eigenes Ziel verfolgt wird.

600) Das oben gesagte gilt bei der Einheitlichkeit von Rechtsbegriffen für einzelne Rechtsgebiete, hier das des Arbeitskampfes, im gleichen Maße für die Zulassung von Sympathiestreiks soweit die Solidarität reicht oder für die Berechtigung zur Ablehnung von Streikarbeiten, denn durch einen Streik darf sich der Arbeitskreis eines Solidarischen nicht verändern (Nikisch, BetrBer 1952 S. 721; vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 185 mit Anm. 23).

601) was z. B. jeden Sympathiestreik von vornherein unzulässig machen würde; richtig Bührig, ArbuR 1959 S. 270.

602) Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 155 f; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, S. 74.

eine in Literatur ⁶⁰³⁾ und Rechtsprechung ⁶⁰⁴⁾ weit verbreitete Ansicht den wilden Streik, d. h. den Streik ohne eine Gewerkschaft; dieser Ansicht ist jedoch entgegenzutreten. Sie entspricht schon nicht der geschichtlichen Entwicklung ⁶⁰⁵⁾ und bedeutet die bewußte Benachteiligung der Nichtorganisierten ⁶⁰⁶⁾, die ohne vorherige Kündigung nicht streiken könnten. Die Zulassung wilder Streiks stellt andererseits keine Benachteiligung der Organisierten dar, weil diese etwa wegen tarifvertraglichen Friedenspflichten an einem Streik gehindert sind, da diese Bindung der Organisierten durch ihren tarifvertragsgesetzlichen Schutz mehr als aufgewogen wird. Auch aus § 49 Abs. 2 BVG läßt sich eine gesetzliche Ablehnung des wilden Streiks nicht herauslesen. Dort ist nur gesagt, daß auf den Betrieb beschränkte Kampfmaßnahmen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gesetzlich nicht geduldet sind. Die hier vertretene Auffassung trifft auch für die Länder zu, deren Verfassungen nur den Gewerkschaften ein Streikrecht zubilligen, da diese Bestimmungen die Rechtsgleichheit im Rahmen der positiven und negativen Koalitionsfreiheit verletzen ⁶⁰⁷⁾, zumindest aber für eine rechtliche Würdigung auf der Ebene des Bundesrechts, wie es das Arbeitsrecht ist, unverbindlich sind ⁶⁰⁸⁾. Wilde Streiks sind also dann zuzulassen, wenn sie alle Merkmale von Arbeits-

603) Berteles, Rechtsnatur, S. 59 mit zahlreichen Nachweisen; Dietz Festschrift für Herschel, S. 48; Hoeniger, RdA 1953 S. 207; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 616, 643; Siebert, SAE 1956 S. 19.

604) BARbG v. 5. 9. 1955 - 1 AZR 480/54, Betr 1955 S. 1018 = BetrBer 1955 S. 929 = RdA 1955 S. 399 und v. 17. 12. 1958 - 1 AZR 349/57, AR-BI, Arbeitskampf II Entsch. 10 = Betr 1959 S. 378 = BetrBer 1959 S. 304; und neuestens v. 20. 12. 1963 - 1 AZR 428/62, BetrBer 1964 S. 38; ArbG Nürnberg v. 8. 2. 1962, Betr 1962 S. 374.

605) Grewe, JZ 1951 S. 183.

606) vgl. auch Neumann-Duesberg, BetrBer 1963 S. 1445 mit Anm. 19.

607) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 404.

608) Forsthoff, Zeitungsstreikgutachten, S. 11. Zum gleichen Ergebnis, zur Zulässigkeit wilder Streiks, gelangen: Bulla in Anm. zu LArbG Frankfurt v. 18. 9. 1950 RdA 1950 S. 427 ff; Dittmar, BetrBer 1948 S. 515; Hueck, RdA 1956 S. 203, 205; Niese, Streik und Strafrecht, S. 41 f; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 120, Siebrecht, Das Recht, S. 28; Wiedemann, RdA 1961 S. 7 Anm. 92; aus dem älteren Schrifttum vgl. Ziskoven, Diss. S. 13; LArbG Frankfurt v. 18. 9. 1950 aaO.

kämpfen tragen, wenn sie von einem Gesamtwillen getragen sind ⁶⁰⁹⁾ - dieser auch in einer Streikorganisation zum Ausdruck kommt, was selten der Fall ist - und die Veränderung von Arbeitsbedingungen anstreben ⁶¹⁰⁾. Die gewerkschaftliche Organisation ist also nur eine besondere Ausdrucksform der Solidarität ⁶¹¹⁾, aber nicht ihre Grenze.

Die Solidarität mit der Tatsache zu verknüpfen, ob der Angriffsstreik rechtmäßig oder rechtswidrig ist, wäre fehlsam. Die Verbundenheit der Arbeitnehmer kann nicht in dem einen Fall bejaht, im anderen abgelehnt werden. Die Rechtswidrigkeit ist lediglich eine Frage des Schadenersatzes ⁶¹²⁾.

Desgleichen läßt sich die Solidarität nicht schlechthin mit der Zugehörigkeit zur Gruppe der Arbeiter oder der Angestellten verknüpfen. Das würde den soziologischen Gegebenheiten, die auf eine Nivellierung beider Arbeitnehmergruppen hindrängen ⁶¹³⁾, kaum gerecht. Die Solidarität muß also über diese Arbeitnehmergruppierungen hinausgehen.

609) was wesentliches Kampfmerkmal ist, Berteles Rechtsnatur, S. 23 mit Weiterverweisen, was aber auch bei ad hoc-Gemeinschaften vorkommen kann: Dittmar, BetrBer 1948 S. 515.

610) Das wurde noch im Zeitungsstreikgutachten von Nipperdey, aaO, S. 43 als ausreichendes Arbeitskampfziel angesehen; vgl. auch Meissinger, RdA 1956 S. 405 f. Hueck, RdA 1956 S. 203 f. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 642 und 645 und Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 79, 84 verlangen, daß die erstrebten Bedingungen auch durch einen Tarifvertrag geregelt werden könnten. Heute neigt man sogar dazu, nur den Kampf um tarifliche Regelungen zu billigen: so z. B. Dietz, Festschrift für Herschel, S. 47 f; Hoeniger, RdA 1953 S. 206, weitere bei Berteles Rechtsnatur, S. 60; folgte man allerdings dieser letztgenannten Auffassung, so würde man nicht nur den wilden Streik, sondern auch Sympathiestreiks unmöglich machen, da diese ja ebenfalls nicht in einem Tarifvertrag unter den Kampfparteien enden.

611) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 606 f.

612) Siehe oben S. 143; wie hier auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 322 Anm. 127, Schnorr v. Carolfeld, Lehrbuch, S. 220, Titze, JW 1922 S. 550, die alle bei der Betriebssolidarität die Unterscheidung rechtmäßiger und rechtswidriger Streiks ablehnen; das gleiche ist der Entscheidung des BARbG v. 25. 7. 1957 - 1 AZR 194/56 BetrBer 1957 S. 965 zu entnehmen.

613) Dietz, in Anm. zu AP 1954 Nr. 28; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 323 Anm. 128 und neuerdings auch Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 606 f; BARbG v. 25. 7. 1957 - 1 AZR 194/56 aaO; einschränkend Molitor, BetrBer 1953 S. 886 und LArbG Kiel v. 28. 1. 1957 Betr 1957 S. 166.

Mit einer Beeinflussungsmöglichkeit der Arbeitnehmer untereinander läßt sich die Solidarität nicht verknüpfen. Wer soll auch einen anderen ohne rechtliche Zwangsmittel lenken können? Ein wirtschaftlicher Druck der Arbeitnehmer untereinander ist ja nicht denkbar.

So kommt zum Teil die Lehre⁶¹⁴⁾ wie die Rechtsprechung⁶¹⁵⁾ unter Betonung des kollektiven Moments von Arbeitskämpfen und der Eigenschaft der Arbeitnehmer als einer fest umrissenen sozialen Gruppe und eines sozialen Gegenpols zur Arbeitgeberschaft, nicht zuletzt unter Hinweis auf die mittelbare Nutznießerschaft der Nichtstreikenden an erstreikten Vorteilen⁶¹⁶⁾ zu dem Ergebnis, die Solidarität umfasse alle Arbeitnehmer⁶¹⁷⁾. Dem ist zu widersprechen⁶¹⁸⁾. Eine schrankenlose Solidarität könnte sowohl die Arbeitnehmerschaft u. U. sehr hart treffen, man denke an Lohnzahlungseinstellungen bei Streiks in Zubringerbetrieben, als auch die Arbeitgeberseite über Gebühr belasten, wie der Mangel einer Begrenzung beim Sympathiestreik sichtbar macht. Darüber hinaus würde man zugleich sinnlose und vermeidbare allgemeine Wirtschaftsschädigungen rechtlich sanktionieren.

c 2 b) Eigene Auffassung vom Wesen und Inhalt des Solidarität.

c 2 b 1) Meiner Ansicht nach muß Ausgangspunkt einer Deutung dieses kollektivrechtlichen Begriffs der Kreis der gesetzlichen Kollektivrechts-

614) vgl. etwa Bulla in Anm. zu BARbG in AR-BI, Arbeitskampf II, Streik Entsch. 7 und Siebert, RdA 1959 S. 169 f.

615) BARbG v. 28.1.1955, GS 1/54 - 1 AZR 165/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 ff = RdA 1955 S. 198.

616) Bulla Anm. zur Entsch. 32 AR-BI, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, sowie das eben erwähnte Urteil des BARbG v. 28.1.1955 aaO; vgl. auch Dietz, Anm. in AP 1954 Nr. 28.

617) Vgl. hierzu auch Bürger, Der Arbeitgeber 1957 S. 474 f sowie die Stellungnahme des BDA in Der Arbeitgeber 1957 S. 847; diese Auffassung teilt auch das Bundesarbeitsministerium: Der Arbeitgeber 1958 S. 398. Derartige Vorstellungen werden nicht zuletzt von gewerkschaftlicher Seite begrüßt werden, wie v. Reitzenstein, Solidarität, S. 103 ff nachweist.
618) Kritisch auch Gift, RdA 1960 S. 172 und Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 155.

regelungen sein. Als solche kommen das Betriebsverfassungsgesetz und das Tarifvertragsgesetz in Betracht.

Gegen die Heranziehung des Betriebsverfassungsgesetzes zur Solidaritätsbestimmung läßt sich nicht ins Feld führen, daß Streiks in § 49 Abs. 2 BVG untersagt sind. Durch diese Vorschrift sind Streiks im Betriebe nicht etwa generell verboten - wo sollte denn auch sonst gestreikt werden? Eher läßt sich aus § 49 Abs. 2 der gegenteilige Schluß ziehen, da in ihm nur Kampfmaßnahmen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat untersagt sind. Daß auch das Tarifvertragsgesetz zur Solidaritätsbestimmung heranzuziehen ist, liegt in der überragenden Bedeutung der sozialen Aufgabe der Tarifpartner begründet.

Man wird also die Solidarität, d.h. das Zusammenstehen, die Zusammenfassung von Arbeitnehmern zu einem Kollektiv bei Arbeitskämpfen um tarifliche und um sonstige Regelung zu unterscheiden haben.

Geht der Streit nicht um den Abschluß eines Tarifvertrages, muß man davon ausgehen, daß das Kollektivstreben der Arbeitnehmer vom Gesetzgeber auf den Betriebsbereich beschränkt ist. Jedenfalls ist heute gerade für den Betriebsbereich eine Solidarität überwiegend anerkannt⁶¹⁹⁾. Soweit nach dem Betriebsverfassungsgesetz die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe durch einen gemeinsamen Betriebsrat als der Vertretung gemeinsamer Interessen zusammengefaßt sind, soweit sind auch die Arbeitnehmer zusammengeschweißt.

Ein Gesamtbetriebsrat bringt also eine Ausweitung des Solidaritätsbereichs. Die Betriebssolidarität ist die Grundform der Solidarität.

Weitaus mehr Schwierigkeiten bereitet die Ableitung der Solidarität im Bereich des Tarifvertragsgesetzes. Bei dem Abschluß von Tarifver-

619) Siebert, RdA 1959 S. 170; vgl. auch Bulla zum wilden Streik Anm. zur Entsch. 32 in AR-Bl., Arbeitskampf II, Betriebsstörung und Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. C 54. Die abweichende Ansicht von Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 155 beruht auf der irrigen Annahme, Solidarität erfordere eine Verbundenheit der Arbeitnehmer auf vermögensrechtlicher Basis. Diese Ansicht findet ihre Widerlegung vornehmlich in der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitskampfes und in der Hinnahme auch der wilden Streiks durch unsere Rechtsordnung.

trägen werden die Begriffe des räumlichen und sachlichen Geltungsbereichs in besonderer Weise akut. Man wird sagen müssen, daß eine räumliche Nähe, eine Beziehung zum angestrebten Tarifvertragsbereich, Solidaritätsmerkmal ist. Das gleiche ist vom fachlichen Zusammenhang zu sagen. Arbeitnehmer verbundener Fachrichtungen ⁶²⁰⁾, bei denen auch eine Verbundenheit aus der räumlichen Nähe herzuleiten ist, sind solidaritätsunterworfen.

Im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit wilder Streiks erscheint es fraglich, ob auch der persönliche Geltungsbereich des Tarifrechts solidaritätsgestaltend wirkt. Arbeitnehmer, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, müssen aber durch die Tatsache der Organisierung ihrer Kollegen nicht von diesen abgeschnitten sein. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob die Organisierten einen Tarifvertragsabschluß zur Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen anstreben, der durch das Tarifvertragsgesetz zum Schutze der Vielzahl der Arbeitnehmer mit besonderen Vorteilen ausgestattet ist oder ob bloß einzelvertragliche Regelungen erreicht werden sollen, sofern nicht das Tarifvertragsgesetz selbst zu einer anderen Auffassung hinführt. Das aber ist zu bezweifeln. Die Besonderheit weitreichender Organisation mit ihrer Berücksichtigung im Tarifvertragsgesetz zwingt noch nicht zu der Annahme, daß diese personale Organisation auch für die Solidaritätseingrenzung ausschlaggebend ist. Lediglich im räumlichen Geltungsbereich ist die Organisationsweite besonders berücksichtigt. Geht der Kampf also um einen Tarifvertrag, können ihn auch die Nichtorganisierten unterstützen, wie andererseits auch die organisierten Arbeitnehmer ihren nichtorganisierten Kollegen Unterstützung leihen können, wobei das Kampfziel für den räumlichen Bereich und bei Kämpfen um Tarifverträge auch die Fachverbundenheit für die Einschaltung betriebsfremder Solidarischer eingrenzende Wirkung hat.

620) was im Tarifbereich bei Branchen-(Fach-)tarifen zum Wirtschafts-(Fach-)zweig hinführt.

c 2 b 2) Die Solidarität ist also ein Rechtsbegriff⁶²¹⁾, aber kein Rechtsverhältnis⁶²²⁾. Sie erfährt ihre Begründung vom Kollektivbereich her: aus dem über eine geschichtliche Zeitdauer hinweg erwiesenen Kollektivstreben der Arbeitnehmer⁶²³⁾ und aus seiner gesetzlichen Billigung im Betriebsverfassungsgesetz und Tarifvertragsgesetz. Sie führt aber nicht etwa zu einer Erweiterung des Haftungsbereichs auch für die Mitsolidarischen ähnlich der gesetzlichen Konstruktion des § 278 BGB; die Arbeitsleistung wird nicht zur Erfüllung eines - wie auch gearteten? - Gesamtarbeitsverhältnisses erbracht. Es leistet nicht einer durch den anderen.

Man wird die Solidarität auch nicht als Arglistenrede behandeln können⁶²⁴⁾. Der Kampf kann nicht dazu führen, die Rechte des Einzelnen einzuschränken, das Recht und die Pflicht als solche⁶²⁵⁾ variabel zu machen.

Die geschichtliche Entwicklung führte dazu, gewisse Eingriffe und Verletzungen von Rechten und Pflichten als rechtlich gebilligt anzusehen. M. E. offenbart sich darin in aller Deutlichkeit die Rechtsqualität der Solidarität als eines Rechtfertigungsgrundes. Entfällt die Solidarität, ist eine Schadensersatzpflicht wegen Vertrags- oder Rechtsverletzung die notwendige und richtige Folge solcher Eingriffe. Als Rechtfertigungsgrund, dessen Anwendungsbereich in steter Entwicklung geworden ist, rückt die Solidarität in unmittelbare Nähe der Sozialadäquanz und stellt

621) nicht mehr nur ein politischer: Siebert, RdA 1959 S. 169.

622) So allerdings Galperin-Siebert, Komm. zum BVG, § 1 Anm. 71; hiergegen, insbesondere gegen die Annahme einer schuldrechtlichen Solidarität, schon Sinzheimer, Grundzüge, S. 167 ff; vgl. auch Simson, Der Teilstreik, S. 35, der sich zu Recht gegen eine Einordnung der Solidarität unter § 741 BGB entscheidet.

623) Comtesse, Diss., S. 17, setzt einen Solidaritätswillen voraus; das ist nur begrenzt richtig und zwar insofern, als ein Kollektivstreben der Arbeitnehmer anerkannt werden kann und voraussetzen ist; im Einzelfall braucht aber der Wille zur solidarischen Beteiligung nicht vorzuliegen, was sich auch aus der rechtlichen Qualifizierung der Solidarität ergibt.

624) So aber Sinzheimer, Grundzüge, S. 192.

625) z. B. das Recht am Gewerbebetrieb oder die Lohnzahlungspflicht.

wohl nur einen Unterfall dieses Begriffs für den Bereich von Arbeitskämpfen dar ⁶²⁶⁾.

Die rechtliche Zulassung dieses Begriffs führt deshalb nicht etwa zur Vertragszerstörung ⁶²⁷⁾. Die Solidarität wird aber auch im Bereich der vertraglichen Beziehungen wirksam, so wie auch sonst Ausstrahlungen des Kollektivrechtskreises auf die einzelvertragliche Ebene festzustellen sind. Die Solidarität ist gleichsam die Brücke zwischen diesen beiden Ebenen, die die Vertragsebene an die Erfordernisse des Kollektivrechts anpaßt. Sinn der Solidarität ist das gemeinsame Einstehen für Kollektivziele. Wer gemeinsam Vorteile anstrebt bzw. anstreben darf, muß auch die damit verbundenen Nachteile mit in Kauf nehmen.

c 2 b 3) Die Bedeutung der Solidarität erweist sich bereits auf der Kollektivebene, von wo der Betriff hergeleitet ist. Kollektivmaßnahmen sind als solche, soweit die Solidarität reicht, gerechtfertigt. Diesem entsprechend müssen auch kollektivvertragliche Pflichten hinter dem Solidaritätsgedanken zurückstehen. Sieht sich z. B. ein durch einen Haustarif gebundener Arbeitgeber einem wilden Teilstreik gegenüber, bei dem sich die gewerkschaftlich Organisierten (vielleicht gerade im Hinblick auf das Gelingen des Streikes) nicht beteiligen, muß eine Abwehraussperrung auch gegenüber diesen möglich sein. In der Regel wird damit keine Verletzung der tarifvertraglichen Friedenspflicht, die ihrem Inhalt nach von den Tarifpartnern auch zu Gunsten der einzelnen Mitglieder des gegnerischen Verbandes übernommen ist ⁶²⁸⁾, verbunden sein, da die gewählte

626) Mit dieser Deutung wird auch die überaus zweifelhafte Konstruktion von Brandner, BetrBer 1957 S. 1281 f. hinfällig, der Streikbeschlüsse der Gewerkschaft als Akte der Autonomie auch gegenüber den Arbeitgebern ansehen möchte. Sie sind die Form der Willensbildung, wie sie von der vereinsrechtlichen Struktur her für die Gewerkschaften zu fordern sind; daß der Streikbeschluß der Organisierten darüber hinaus auch für die Nichtorganisierten bedeutsam werden kann, ist keine Frage der Majorisierung durch eine Minderheit, sondern die Folge der von der Rechtsordnung anerkannten Solidarität.

627) wie Pohle, Diss. S. 28 befürchtet.

628) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 327; BArbG v. 31.10.1958 - 1 AZR 632/57 E Bd. 6 S. 321 = Betr 1959 S. 87 = RdA 1958 S. 455.

Kampfmaßnahme sich nicht gegen den Bestand des Tarifvertrages richtet. Ist aber eine absolute Friedenspflicht tarifvertraglich ausgehandelt, nach der jegliche Kampfmaßnahme als Störung des Arbeitsfriedens angesehen wird ⁶²⁹⁾, so entfaltet die Solidarität ihre Wirkungen ⁶³⁰⁾. Absolute Friedenspflichten, die eigentlich jede Kampfhandlung verbieten, werden in diesem Fall gerechtfertigt verletzt. ⁶³¹⁾

Ein weiterer Anwendungsfall der Solidarität ist die Teilnahme an den Kampfhandlungen. Die Solidarität berechtigt zur Teilnahme an Kampfhandlungen, sei es eine direkte Beteiligung am Arbeitskampf, sei es eine indirekte Unterstützung. Durch sie ist das Zurückhalten von vertraglich geschuldeten Leistungen gerechtfertigt, soweit nur der Kampf selbst gerechtfertigt ist. Ebenso stellt die Verweigerung von Erhöhungen der Arbeitspflichten keine Vertragsverletzung dar, sofern dieser Arbeitspflichtenänderung eine Notlage zugrunde liegt, die auf einen rechtmäßigen Arbeitskampf zurückzuführen ist.

Soweit für die Frage der Lohnzahlungseinstellung bei Teilstreiks auf die Unzumutbarkeit zurückzugreifen ist ⁶³²⁾, führt die Solidarität auch zu einer Änderung der Risikogrenzen, zu einer Erleichterung der Notabwälzung. Dort kann sie nicht mehr Rechtfertigungsgrund sein, sondern ist Teil der Interessenabwägung. Als Gesamtheitsinteresse wird sie bei

629) Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zum TVG, § 1 Anm. 74.

630) Zu Recht erlaubt daher Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zum TVG, § 1 Anm. 76, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 241 generell die Abwehr eines gegen einen Tarifvertrag gerichteten wilden Streiks durch den Arbeitgeber (-Verband), die keine Friedenspflichtverletzung darstellt.

631) Wenn Zimmer, RdA 1962 S. 463 glaubt, jedem Einzelarbeitsvertrag sei eine Friedenspflicht immanent, die den Arbeitsfrieden bei kollektivrechtlich nicht legitimen Arbeitskämpfen zu wahren gebietet, geht das m. E. fehl. Richtig ist, daß bei kollektivrechtlich unzulässigen Kämpfen die Verletzung der Einzelvertragspflichten nicht gerechtfertigt ist, und die Vertragspflichten im bisherigen Umfange fortbestehen. Diese schon bestehenden Vertragspflichten werden durch Kampfmaßnahmen verletzt. Es bedarf also, um zu einer Vertrags- und Rechtswidrigkeit zu kommen, nicht noch der Annahme eines besonderen Teilnahmeverbots, einer einzelvertraglichen Friedenspflicht.

632) s. o. S. 141 ff.

der Interessenabwägung bedeutsam und entfaltet (mittelbare) Rechtswirkungen bereits über den Begriff der Unzumutbarkeit.

Wenn das Reichsarbeitsgericht ⁶³³⁾ bei Schadensersatzprozessen aus der Solidarität eine Beweislastumkehr herleitet - demjenigen, der sich nicht am Arbeitskampf beteiligte, wird die Beweislast dafür angelastet, dass er gesinnungs- und handlungsmäßig unbeteiligt gewesen sei -, so ist das nicht eine neue Deutung des Solidaritätsbegriffes, sondern lediglich eine Folgerung, die aus der soziologischen Erscheinung des Kollektivstrebens der Arbeitnehmerschaft gezogen wird. Aus dieser Erscheinung heraus verbietet sich auch, der Solidarität anderen als nur gegenüber einem Arbeitgeber als dem Sozialpartner Wirkung zu verleihen ⁶³⁴⁾. Man würde nämlich sonst zugleich den Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen zur Solidarität, das Betriebsverfassungsgesetz und das Tarifvertragsgesetz, verlassen, die gerade auf einen Interessenausgleich zwischen den Sozialpartnern ausgerichtet sind.

c 2 b 4) Es zeigt sich also, daß die Solidarität insbesondere da bedeutsam wird, wo nicht alle Solidarischen gemeinsam aktiv werden. Sie bringt für ihren Bereich ein "Einfrieren" (einzel)-vertraglicher Pflichten auch für die dem gleichen Sozialpartner angehörigen Solidarischen und führt damit zum Gleichheits- und zum Gleichbehandlungsprinzip bei hinsichtlich des Adressaten beschränktem Anwendungsbereich hin, wobei aber hervorzuheben ist, daß sie keinen Zwang zur Gleichbehandlung bedeutet.

c 2 b 5) Wie oben dargelegt wurde, können Abwehraussperrungen nur im Solidaritätsbereich von Interesse sein. Damit ist nicht etwa gesagt, daß alles, was sich im Solidaritätsbereich an Kampfmaßnahmen abspielt, Ab-

633) v. 8.11.1930, ARS Bd. 11 S. 111.

634) Richtig E. Frey, ArbuR 1959 S. 197; auch Haberkorn, Die Betriebsverfassung, 1959 S. 225, der die Solidarität der Arbeitnehmer in Beziehung zur Gestaltungsgewalt der Arbeitgeber setzt; a. A: Fechner, RdA 1955 S. 162; RArbG v. 8.11.1930 ARS Bd. 11 S. 111.

wehr im Sinne einer Scheidung von Sympathie- und Abwehraussperrung im eigenen Interesse ist. Ob eine Kampffraktion unter die Sympathiemaßnahmen einzugliedern ist, richtet sich danach, wessen Ziele verfolgt werden. Handelt der Aussperrende in fremdem Interesse, liegt eine Sympathieabwehraussperrung vor; werden dagegen eigene Interessen verfolgt, hat man es mit einem reinen Abwehrkampf zu tun ⁶³⁵⁾.

Greift ein Arbeitgeber, der durch einen Teilstreik bedrängt wird, zur Abwehr der wirtschaftlichen Folgen, zu Arbeitskampfmaßnahmen, ist eine reine Abwehraussperrung anzunehmen. Über den Solidaritätsbereich hinaus kann der teilbestreikte Arbeitgeber jedoch keine kampfwisen Abwehrmaßnahmen treffen, wenn anders er sich nicht der Gefahr aussetzen will, selbst rechtswidrig zu handeln.

2. Die Lohnzahlung bei Streiks in Zubringerbetrieben.

a.) Die moderne Wirtschaft mit ihrer rationalisierten Arbeitsteilung ist in ihrer Verflechtung in hohem Maße von der Tätigkeit aller Betriebe abhängig. Das ist in besonderem Maße dort gegeben, wo die Produktion auf Zulieferung von dritter Seite fußt. Wird nun der Arbeitgeber eines Zubringerbetriebes (schwerpunktmäßig) angriffsbestreikt, so kann der Ausfall der Zulieferungen, der u. U. erst auf der Abwehr des Zulieferers beruht, zu erheblichen Schwierigkeiten und zu umfangreichen Störungen in der Produktion anderer Betriebe führen. Um die Arbeitgeber von diesen von dem sozialen Gegenspieler verursachten Störungen ⁶³⁶⁾ zu entlasten, wird eine Lohnzahlungseinstellung auch im nichtbestreikten (Haupt-)Betrieb für zulässig erachtet, soweit die Arbeitsleistung infolge des Streiks im Zubringerbetrieb unmöglich wird; andernfalls ist ja die Arbeit, das Lohnzahlungsäquivalent, vorhanden. Die herrschende

635) Näheres über die Definition von Sympathiekämpfen unten S. 171 mit Anm. 695.

636) vgl. Bulla, Festschrift für Molitor, S. 305; Gift sieht in Arbeitskämpfen ein "Institut der Selbstverwaltung" und überläßt jeder Seite die wesensgemäßen Opfer, so daß es nicht darauf ankommen kann, ob eine Angriffsmaßnahme der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite unmittelbar die Ursache der Betriebsruhe gesetzt hat: RdA 1961 S. 172.

Meinung⁶³⁷⁾ greift hier in diesen Fällen ebenso wie bei Teilstreik zur Begründung auf den Begriff der Unzumutbarkeit zurück und verläßt dabei die Unzumutbarkeitsgrenze wirtschaftlicher Belastungen, wie sie für Betriebsrisikofälle abgeleitet wurde. Prüft man die beiderseitigen Interessen, die im Rahmen der Unzumutbarkeit zu beachten sind, so erweist sich, daß den Arbeitnehmern ein Lohnausfall eigentlich nicht zuzumuten ist; weder erhalten sie einen Lohnausfallersatz nach dem AVAVG⁶³⁸⁾, noch sehen etwa gewerkschaftliche Streikreglements in allen Fällen Unterstützungszahlungen auch nur für Gewerkschaftsmitglieder vor. Eine Beteiligung dieser Arbeitnehmer an den Risiken des Arbeitskampfes ist aber dann möglich, wenn sie mit den Kämpfenden solidarisch sind⁶³⁹⁾. Das kann dann der Fall sein, wenn Haupt- und Zubringerbetrieb dem gleichen Arbeitgeber gehören. Dort ist die Lohnzahlungseinstellung über die Unzumutbarkeit, aber ähnlich wie oben bei Teilstreiks dargelegt, auch über eine Abwehraussperrung zu erreichen. Gehören Haupt- und Zubringerbetrieb verschiedenen Arbeitgebern, kommt, sofern nicht der Weg über die Unzumutbarkeit eingeschlagen wird oder eine Kampfhandlung im eigenen Interesse gewollt ist, allenfalls eine Sympathieabwehraussperrung in Frage⁶⁴⁰⁾, die jedoch im Zubringerbetrieb eine Abwehraussperrung voraussetzt. Auch sie ist aber wie jeder Arbeitskampf an die Solidaritätsgrenzen gebunden. Da die Solidarität grundsätzlich an den Betriebsbereich anknüpft und nur in dem Falle eines Streiks um

637) Bulla, Anm. zu LArbG Hamburg in AR-BI, Arbeitsausfälle II, Entsch. 32 mit zahlreichen Nachweisen sowie in AR-BI, Arbeitskampf II D IV 2 c; Dietz Anm. zu AP 1954 Nr. 28; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 322; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 607; Schnorr von Carolsfeld, Lehrbuch, S. 220; BArbG v. 8.2.1957 - 1 AZR 338/55 E Bd. 3 S. 346 = AP Nr. 2 zu § 615 (Betriebsrisiko) = AR-BI, Arbeitskampf II, Entsch. 7 = BetrBer 1957 S. 366; LArbG Hamburg v. 4.4.1955 aaO. Der Fall der Abwehrhandlung des Zulieferers wird allerdings nicht ausdrücklich einbezogen.

638) Vgl. § 84 AVAVG; Ausnahmen werden nur in unbilligen Härtefällen im Einzelfall gemacht; vgl. bei Krebs, Komm. zum AVAVG, § 84 Anm. 8 sowie die Richtlinien des Verwaltungsrats der Reichsanstalt für AVAV v. 27.3.1928, RArbBl I S. 163.

639) Vgl. hierzu oben S. 138 und S. 140 ff.

640) die ebenso zulässig ist, wie Sympathiestreiks.

einen Tarifvertrag einen erweiterten Bereich hat, ist die Lohnzahlungseinstellung außerordentlich eingengt⁶⁴¹⁾.

b.) Aus dem Zwang zur Lohnzahlung in allen anderen Fällen folgt, daß ein Bestreikter sich gegen Schädigungen wehren kann und darf, daß sich aber Nichtbestreikte den Streikfolgen weithin nicht zu entziehen vermögen, die sich bei ihnen als Schadensersatzansprüche von Kunden, als Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung, als sonstige laufende Unkosten und als Gewinnausfall darstellen können. Wollte man sich mit diesem Ergebnis begnügen, würde man eine Verschiebung des Kampftrisikos von den Kämpfenden auf die mittelbar Betroffenen gutheißen und zugleich eine Veränderung des Wesens dieser Machtkämpfe um Arbeitsbedingungen billigen, da der Kampf, obwohl er u. U. in seinen Auswirkungen ausschließlich und möglicherweise recht erheblich Unbeteiligte trifft, trotzdem gerechtfertigt wäre. Die Frage ist, ob diesen mittelbar Betroffenen nicht wenigstens schwere Schäden ausgleichende Ersatzansprüche zuzubilligen sind.

b 1) Durch Arbeitskämpfe bedingte Schadensersatzansprüche wegen Liefervertragsverletzungen sind häufig durch entsprechende vertragliche Klauseln von den Arbeitgebern untereinander ausgeschlossen⁶⁴²⁾. Eine Drittschadensliquidation des unmittelbar bestreikten Arbeitgebers wegen mittelbarer Streikschäden dürfte wegen mangelnden coincidierenden Interesses des unmittelbar und des mittelbar Betroffenen ausscheiden⁶⁴³⁾. Zudem ist die Konstruktion der Drittschadensliquidation nur ein Ausgleich für die Schadensfälle, in denen ein direkter Ersatzanspruch mangels gesetzlicher Regelung nicht entstehen kann⁶⁴⁴⁾; da hier grundsätzlich ein Anspruch wegen eines wenn auch nur mittelbaren Eingriffs in

641) Da der Arbeitgeber des Hauptbetriebes bei Wahl des Kampfes kein eigenes Kampfziel verfolgt, wäre eine schlichte Aussperrung, also eine Angriffsaussperrung, nicht zulässig.

642) deren Notwendigkeit von Esser, JZ 1963 S. 489 ff nachgewiesen wird.

643) Vgl. bei Planck, Komm. zum BGB, § 249 Anm. 6b .

644) Vgl. hierzu Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I S. 135, NJW 1960 S. 79; Tägert, NJW 1960 S. 77.

das Rechtsgut Gewerbebetrieb gegeben ist ⁶⁴⁵⁾; dieser nur sozialadäquat, also gerechtfertigt ist, käme die Drittschadensliquidation garnicht zum tragen. Eine Drittschadensliquidation im Bereich unerlaubter Handlungen ⁶⁴⁶⁾ hilft nicht weiter, solange man derartige Streiks und damit derartige Folgeschäden als sozialadäquat bezeichnen muß ⁶⁴⁷⁾.

b 2) Einen Ausweg böte die analoge Anwendung von § 904 BGB. Er gäbe einen Schadensersatzanspruch nicht deliktischer Natur auch bei unverschuldetem Eingriff. Seine Voraussetzung ist aber eine Gefahrenlage, die den Eingriff in das Rechtsgut notwendig macht. Eine solche Gefahrenlage ist m. E. in der Einleitung eines Arbeitskampfes nicht zu sehen. Ob die ultima-ratio-Theorie der Arbeitskämpfe diese ersetzen könnte, erscheint mehr als zweifelhaft, da diese Theorie nicht den Anlaß von Arbeitskämpfen, sondern den Ablauf der Einleitung zu erfassen sucht.

b 3) Hier hülfe nurmehr die Annahme eines zivilrechtlichen Aufopferungsanspruchs ⁶⁴⁸⁾.

Derartige Aufopferungsansprüche sind von der Rechtsprechung zu § 1004 BGB unter Berufung auf die in den §§ 26 Gewerbeordnung, 904 BGB und den Art. 74 und 75 ALR enthaltenen Gedanken entwickelt ⁶⁴⁹⁾. Solche Ansprüche werden dabei noch über Eigentumsstörungen im Sinne von § 1004 BGB hinaus zugelassen ⁶⁵⁰⁾, wobei dieser selbst schon entsprechende Anwendung in ähnlichen Fällen, z. B. bei Störungen des eingerichte-

645) Nach § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet auch mittelbare Schädigungen der aufgezählten oder gleichgestellten Rechte zum Schadensersatz, wenn nur das Rechtsgut des Geschädigten unter § 823 Abs. 1 zu ziehen ist: Erman-Drees, Komm. zum BGB, Vorbem. 6 vor § 823 und RGZ Bd. 133 S. 271 (272).

646) die nach Weimar, JR 1960 S. 375, Planck, Komm. zum BGB, § 249 Anm. 6 b mit Weiterverweisen, denkbar ist.

647) Vgl. auch Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 381 mit Weiterverweis.

648) der vom öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch streng zu scheiden ist: Hubmann, JZ 1958 S. 489, 491.

649) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 321.

650) vgl. Hubmann, JZ 1958 S. 490 mit Nachweisen in Anm. 21.

ten und ausgeübten Gewerbebetriebes, erfährt⁶⁵¹⁾. Sie stellen eine Schadloshaltung dort sicher, wo die Ausübung von Privatrechten hinter höheren Interessen der Allgemeinheit ohne Abwehrmöglichkeit zurückstehen muß⁶⁵²⁾, wo dem Rechtsgutinhaber die Abwehrklage des § 1004 BGB aus besonderen Gründen versagt ist und er so einer Schädigung nicht vorzubeugen vermag. In diesen Fällen ist von der Rechtsprechung zu Recht ein Entschädigungsverlangen gebilligt worden⁶⁵³⁾, auch ohne dass ein Verschuldensnachweis geführt werden müßte. Dem stünde hier auch nicht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.11.1961⁶⁵⁴⁾ entgegen, die das Fehlen vertraglicher Beziehungen zur Hauptvoraussetzung derartiger Ansprüche macht, da ja solche Beziehungen gerade nicht gegeben sind. Von einer Enteignung kann hier mangels hoheitlichen Eingriffs in das Einzelrecht nicht gesprochen werden. Darum läßt sich auch nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch als Auffangtatbestand arbeiten. Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß die hoheitliche (richterliche) Billigung der Rechtsfortentwicklung in Bezug auf soziale Tatbestände nicht ohne Bedeutung sein kann. Im Grunde handelt es sich aber um ein nur hoheitlich gestütztes und gehaltenes, durch kollektive Macht in den Vordergrund gerücktes Interesse an machbezogenem Aushandeln sozialer Bedingungen. Man wird also hier trotz mancher Bedenken die Aufopferung in ihrer privatrechtlichen Ausformung heranziehen dürfen, da es private, wenn auch kollektive Interessen sind, die den - für unseren Ausgangtatbestand nicht zu billigenden - Vorrang vor dem Rechtsgut Gewerbebetrieb erlangt haben. Streikweise Eingriffe in den Gewerbebetrieb sind selbst dann, wenn sie mittelbare Wirkungen gegen dieses Rechtsgut erzeugen, nicht rechtswidrig, sondern sozialadäquat; die ursprünglich gegebene Abwehrmöglichkeit, wie sie von der Rechtsprechung⁶⁵⁵⁾ als Voraussetzung derartiger Aufopferungs-

651) vgl. RGZ Bd. 128 S. 134 (143).

652) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 921 mit Rechtsprechungshinweisen.

653) BGH v. 28.2.1955 BGHZ Bd. 16 S. 366 ff (370) mit Weiterverweisen.

654) GS 1/60 BetrBer 1962 S. 178 ff.

655) Vgl. BGH v. 28.2.1955 BGHZ Bd. 16 S. 370; freier: Hubmann, JZ 1958 S. 491 mit Weiterverweis.

ansprüche verlangt wird, ist im Verlaufe der kampfweise errungenen Anerkennung und Billigung von Streiks weggefallen. Die Macht einer Gruppe hat der Gesamtheit die Berücksichtigung ihrer Interessen, gerichtet auf die Möglichkeit der freien Ausbalancierung der Löhne über Lohnkämpfe, aufgezwungen. Die Aufopferung geschah zu Gunsten dieser Gruppe. Sie muß also auch mit dem ganzen Risiko belastet sein. Da es sich zudem bei Arbeitskämpfen um reine Machtkämpfe handelt, trägt der Angreifer wegen der Wahl dieser gefährlichen Waffe als dem Mittel zur Durchsetzung seiner Interessen zu Recht die Folgen. Der zu leistende Schadensersatz müßte angemessen sein ⁶⁵⁶⁾ und würde zumindest die Lohnkosten des Hauptbetriebes umfassen ⁶⁵⁷⁾. Das Ergebnis einer derartigen Schadloshaltung trifft dann zurecht die Streikenden und nicht etwa den unbeteiligten Arbeitgeber oder auch die unbeteiligten Arbeitnehmer ⁶⁵⁸⁾.

III. Die Streikbeteiligung als Vertragsverletzung und als unerlaubte Handlung.

Ist der Arbeitskampf unter kollektivrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt, auch wenn er die vertraglichen Bande und die Rechte des Gegners überhaupt in erheblichem Umfange beeinträchtigt, so kann u. U. der Streik doch noch zu einer Verletzung der Einzelverträge und des Rechts am Gewerbebetrieb führen; das wird im Folgenden an den Fällen versäumter Notstandsarbeiten und übermäßiger Streikschäden dargestellt werden.

656) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 923 mit Weiterverweis auf die Rechtsprechung; Hubmann, JZ 1958 S. 493 verlangt, daß das auferlegte Sonderopfer auszugleichen sei und kommt damit sogar zu einem vollen Schadensersatz.

657) im zu ersetzenden Schaden liegt der Unterschied dieses Aufopferungsanspruchs zu Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB; darüber hinaus entfallen auch die für diese Bestimmung möglichen Beseitigungs- und Unterlassungsklagen.

658) Eine gewisse Bestätigung derartiger Überlegungen bringen einzelne Streikreglements der Gewerkschaft, die durch eine Zubilligung von Unterstützungszahlungen auch an die (bisher) wegen Unzumutbarkeit ohne Lohn bleibenden Nichtstreikenden mittelbare Schäden zu vermeiden suchen.

1.) Die Unterlassung von Notstandsarbeiten.

Unter Notstandsarbeiten versteht man zweierlei ⁶⁵⁹⁾: Mindestarbeiten in sog. lebenswichtigen Betrieben und Arbeiten zur Erhaltung der Betriebsanlagen.

a.) Notstandsarbeiten in lebenswichtigen Betrieben:

a 1) Der Begriff der lebenswichtigen Betriebe.

In der Praxis des Arbeitskampfes hatte es sich bald erwiesen, daß eine schrankenlose Arbeitsniederlegung nicht nur zu schweren Schäden auf Seiten des Arbeitgebers zu führen vermag, sondern daß sich die Arbeitnehmerschaft selbst in erheblichem Maße zu schädigen und die Ordnung des Gemeinwesens, ja sogar deren Bestand, zu gefährden droht, wenn nicht einzelne Betriebe bei den Streikaktionen eine gesonderte Behandlung erfahren. So ergingen verschiedene Notverordnungen ⁶⁶⁰⁾, die öffentliche Verkehrsmittel, Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Gas, Wasser und Elektrizität, zur Erzeugung und Verteilung von Lebensmitteln, Krankenanstalten u. ä. als lebenswichtige Betriebe bezeichneten, die von Streiks auszunehmen waren ⁶⁶¹⁾. Allen diesen Betrieben ist gemeinsam, daß sie Leistungen solcher Art erbringen, deren Ausfall schlagartig der Allgemeinheit spürbar wird, da die Leistungen nicht oder nur beschränkt speicherbar sind, wobei der Leistungsausfall die höchsten Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit bedroht und eine Selbsthilfe regelmäßig in das allgemeine Chaos führen würde ⁶⁶²⁾. Diese Be-

659) Vgl. Hoeniger, RdA 1953 S. 205.

660) z. B. v. 29.1.1920 RGBI I S. 195, v. 10.11.1920 RGBI I S. 1865, v. 1.2.1922 RGBI I S. 187; vgl. Hilb bei Kaskel, Koalition, S. 149 f und bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 626.

661) Das Schrifttum nimmt zur Kennzeichnung dieses Begriffs, da auch heute noch eine gesetzliche Definition fehlt, weitgehend auf diese Bestimmungen (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 626; Ebel, DÖV 1951 S. 443 f) bzw. auf die entsprechenden gewerkschaftlichen Streikreglements (Grote, Streik, Taktik und Strategie, S. 97 f und 192; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 626 und 652; Niese, Streik und Strafrecht, S. 76 f) Bezug oder führt beispielhaft Einzelfälle an (Vgl. Grote aaO. S. 85 und 177).

662) Zu Recht spricht daher Kaiser, Die Repräsentation, S. 203 von Katastrophenfällen.

griffsdeutung erhellt die schon von Kaskel⁶⁶³⁾ festgestellte Zeitbedingtheit der geschützten Betriebe. Vor allem über längere Zeiträume hinweg und in allgemeinen Notzeiten kann sich der Kreis der im allgemeinen Interesse zu sichernden Güter erweitern oder verengern (technischer Fortschritt z.B. in der Kraftversorgung), wenn auch die Grundbedürfnisse im wesentlichen gleichbleiben werden.

a 2) Die vertraglichen Pflichten zu Mindestarbeiten in lebenswichtigen Betrieben.

Allgemein wird die Gehaltenheit der Gewerkschaften anerkannt, für Mindestarbeiten in lebenswichtigen Betrieben zu sorgen⁶⁶⁴⁾. Die Gewerkschaften haben geeignete Arbeitskräfte für die entsprechenden Arbeiten bereitzuhalten bzw. sie vom Streikbefehl auszunehmen. Diese Arbeitnehmer suspendieren ihr Arbeitsverhältnis nicht, sondern arbeiten - soweit eben erforderlich - auf ihrem gewohnten Arbeitsplatz weiter⁶⁶⁵⁾. Würde die Gewerkschaft keine oder nicht genügend Arbeitnehmer vom Streikbefehl ausnehmen - der Umfang der Mindestarbeiten richtet sich nach den Umständen und wird nicht etwa von der Gewerkschaft festgelegt⁶⁶⁶⁾ -, so wird der Streik als solcher sozialadäquat^{667) 668)} und sogar sittenwidrig⁶⁶⁹⁾. Ist der Streik als solcher rechtswidrig, so ist es auch die Einzelhandlung. Die Arbeitsunterlassung wird zum Vertragsbruch.

663) Arbeitsrecht, S. 425.

664) vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 400, der das aus den verfassungsrechtlichen Grenzen der Streikfreiheit herleitet und Hoeniger, RdA 1953 S. 206, der auf die Entwicklung eines Gewohnheitsrechts hinweist bzw. diese Verpflichtung aus der geschichtlichen Entwicklung überhaupt begründet.

665) Ein neuer Arbeitsvertrag ist also nicht notwendig, so aber noch Hilb bei Kaskel, Koalitionen, S. 155.

666) So aber Grote, Streik, Taktik und Strategie, S. 86.

667) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 652 mit Anm. 83 bzw. rechtswidrig, so Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 141.

668) Der von Welzel für das Strafrecht herausgearbeitete Begriff der Sozialadäquanz besagt, daß alle Handlungen sozialadäquat sind, die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden. Darin liegt

Fortsetz. 668)

die Billigung der trotz aller Sorgfalt unvermeidbaren Schädigungen. Die Anwendbarkeit dieses allgemeinen Rechtfertigungsgrundes (Bulla in Anm. zu einer Entsch. des BARbG v. 17.12.1958 AR-BI, Arbeitskampf II-Streik, Entsch. 10; Hueck, Festschrift für Herschel, S. 36; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 641 f; auch das BARbG ist der gleichen Auffassung, wie die aufeinander aufbauenden Entscheidungen v. 29.9.1955 - 2 AZR 504/54 AP Nr. 4 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) und v. 28.1.1955 - GS 1/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) erweisen) auch im Zivilrecht wird nicht zuletzt aus dem Fahrlässigkeitsbegriff in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB gefolgert (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 639 unter Hinweis auf Welzel, Deutsches Strafrecht, 2. Aufl. S. 36 f; vgl. auch Bulla, RdA 1962 S. 6 f). Als sozialadäquat werden einmal vollkommen harmlose Eingriffe in Rechtsgüter angesehen, zum anderen diejenigen, die durch ein Interessenübergewicht gedeckt sind. Einen Streik, der eine vollständige Lahmlegung von lebenswichtigen Betrieben mit sich bringt, kann man entsprechend der Definition der Lebenswichtigkeit nicht mehr als harmlosen Eingriff in Rechtsgüter anderer ansehen. Auch eine Abwägung der Interessen zeigt, daß er nicht als sozialadäquat behandelt werden kann. Unter Interessenabwägung ist ein objektives einander Gegenüberstellen der jeweils angestrebten Vorteile und der damit notwendig verbundenen Nachteile, letztlich also eine in den Interessen verkörperte Werte- und Güterabwägung unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zu verstehen. Die Streikfreiheit dient bloßen Gruppeninteressen. Diese haben da zurückzustehen, wo übertragende Lebensinteressen auf dem Spiele stehen, (Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 400), denn "das Arbeitskampfrecht darf nicht zu einem Terror der Straße mißbraucht werden" (Meissinger, Reliefbild, S. 190). Eine grundlegendere Angelegenheit aber als die Existenzmöglichkeit aller, auf der der Staat mit seinem immanenten Ordnungsstreben basiert (G. Müller, RdA 1951 S. 250), gibt es nicht. So gesehen wird die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund zur Grenze für die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen (vgl. außer den Obengenannten: Hohenester, Die Grenzen, S. 40 ff; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 327; Köst, Arbeitsrecht, S. 207; Niese, Streik und Strafrecht, S. 30, JZ 1956 S. 460; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 26 ff, 110 f, Wiedmann, RdA 1961 S. 5; Wussow, NJW 1958 S. 891; kritisch Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 52, 59 ff und Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 114 ff, 118 f.

669) Häufig wird die Sittenwidrigkeit eines Streiks anhand des Zwecks, des Mittels oder der Zweckmittelrelation festgestellt. Richtigerweise wird man jedoch die Sittenwidrigkeit nur aus dem Verhältnis von Mittel und Zweck allein ableiten können (vgl. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 25), da sowohl der Zweck als der vorausgesehene, gewollte und angestrebte Zustand als auch das Mittel rechtlich indifferent sind. Die Rechtsprechung hat sich mehrfach mit der Frage des durch einen Streik angerichteten Schadens im Verhältnis zu den errichteten Vorteilen befaßt (RGZ Bd. 104 S. 327 (330); weitere bei Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 961). In diesen Fällen wird aber nur der Vorteil der Arbeitnehmerseite gegenüber den Nachteilen auf der Arbeit-

Aus dieser Erscheinung allein, daß nämlich eine Verletzung der auf lebenswichtige Betriebe ausgerichteten kollektivrechtlichen Pflichtigkeit zur Verletzung von Einzelverträgen führt, läßt sich noch nicht folgern, daß auch dem einzelnen Arbeitnehmer eine Pflicht zu Mindestarbeiten obliegt. Vertragsbindungen können aber um der höheren Gesamtheitsinteressen an Ordnung und Fortbestand der Volksgemeinschaft aufrechtzuhalten sein. Diese Überlegungen, die zur Interessenabwägung und nicht zuletzt auch zum geschichtlichen Werden des Arbeitskampfes zurückführen, zeigen, daß hinter der kollektivrechtlichen Betrachtung der Streikhandlungen der Begriff des Sozialadäquaten verborgen steht. Dieser Generalklausel⁶⁷⁰⁾ wurde damit auf dem Wege über die richtige Kollektivaktswertung Eingang in das Einzelvertragsverhältnis verschafft. Daß die-

geberseite erwogen (soweit Ziskoven, Diss. S. 61 f auch auf das Verhältnis von Schaden und Vermögen abheben will, bedeutet das u. U. eine Verschiebung der Risikogrenzen in den Bereich des wirtschaftlich Zumutbaren!). Die in diesen Urteilen verwendeten Maßstäbe auf Streiks in lebenswichtigen Betrieben zu übertragen, bei denen der Schaden überwiegend Unbeteiligte trifft, scheint mir nicht möglich. Hier ist wohl auch ein strengeres Maß anzulegen, ausgehend von dem Grundsatz, daß in Rechte Dritter nicht schon eingegriffen werden darf, wenn ein Recht hierzu gegenüber dem Vertragspartner, dem Sozialpartner, besteht. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß ein jeder Streik nachteilige Folgen für die Gesamtheit haben wird. Sie dürfen aber die vom allgemeinen Sittenempfinden gesetzten Grenzen nicht überschreiten. Das ist jedoch bei uneingeschränkten Streiks in lebenswichtigen Betrieben anzunehmen. Die schlagartige Lahmlegung weiter Bereiche des Lebensnotwendigen ist nicht von einer weithin allgemeinen und ungeteilten Zustimmung getragen. Auch das mit zu berücksichtigende Denken und Fühlen der Berufskreise (Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 138 Anm. 1 a mit Weiterverweis), das seinen Niederschlag in Vereinbarungen über Notstandsmaßnahmen (vgl. Grote, Streik, Taktik und Strategie, S. 86 ff), in den gewerkschaftlichen Streikreglements und schließlich auch in Abwehrmaßnahmen des Staates gefunden hat, billigt den uneingeschränkten Streik in lebenswichtigen Betrieben nicht. Wird er dennoch durchgeführt, so trägt er völlig zu Recht den Makel der Sittenwidrigkeit (Siebrecht, Das Recht, S. 41; vgl. auch bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 655 Anm. 97 die Rechtsprechungsnachweise zum Mißverhältnis von Mittel und Zweck; nicht etwa läßt sich die Sittenwidrigkeit daraus herleiten, daß der "wahre Bestreikte" die Allgemeinheit sei; wahrer Bestreikter ist nämlich auch hier der Arbeitgeber; die Schädigung Dritter ist nur ein Nebenerfolg; vgl. RGZ Bd. 76 S. 35).

⁶⁷⁰⁾ vgl. Bulla, RdA 1962 S. 14 f.

ser Rechtfertigungsgedanke auch im Vertragsbereich Wirkung haben kann, liegt in der Besonderheit des Arbeitsvertrages als eines personenbezogenen Verhältnisses begründet. Die Arbeitsleistung ist nicht reine Ware. Sie kann ja auch nicht unmittelbar durch eine Vollstreckung erlangt werden. Ihre kampfwise Zurückhaltung ist die geschichtlich gewordene **Waffe des Abhängigen im Kampf um seine soziale Stellung**, um die Freiheit seiner Entfaltung, die in der Gestaltung seiner Abhängigkeit vom Arbeitgeber, also in dem Rahmen der vertraglichen Bindungen, wesensnotwendig verwirklicht werden muß. Die Sozialadäquanz, die den kollektiven Akt rechtfertigt, führt über das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes auch zu einer Rechtfertigung des Handelns des vertraglich gebundenen Einzelnen ⁶⁷¹⁾. Der Inhalt des Begriffs Sozialadäquanz greift somit in den Bereich der Vertragspflichten über und begründet die Aufrechterhaltung des Einzelvertrages soweit Mindestarbeiten notwendig sind. Regelmäßig werden auch die Arbeitnehmer übersehen, welche Tätigkeiten von ihnen erwartet werden, damit eine Mindestversorgung gewährleistet ist.

Nur der rechtmäßige (und legitime) Kollektivakt fasst also die einzelnen Kämpfenden derart zu einer Einheit zusammen, dass von einem Einzelvertragsbruch nicht mehr gesprochen werden kann. Bei nicht rechtmässigen Kollektivakten wird dagegen die Zusammenfassung der Einzelnen zu einer (blossen) rechtlichen Gesamtheit - gegen die sich eigentlich sonst Ersatzansprüche allein zu richten hätten - nicht gebilligt; Schadensersatzansprüche lassen sich auch auf der Einzelvertragebene verfolgen.

b 3) Schadensstifter und Mithaftung.

Fraglich könnte sein, wer bei Arbeitskämpfen überhaupt der Stifter des rechtswidrigen Schadens ist, der Arbeitgeber oder der durch den Streik Angreifende. Die Weigerung, Lohn- oder ähnliche Forderungen zuzuge-

671) Deshalb kann die Folgerung von Nüss, NJW 1961 S. 1957, der annimmt, der rechtswidrige Kollektivakt könne ebensowenig eine Vertragsverletzung sein wie der rechtmässige, nicht richtig sein.

stehen, ist grundsätzlich weder rechtswidrig noch etwa auch schuldhaft 672). Groh 673) versucht allerdings, in Fällen sog. "sozialer Notwehr" gegen "formelles Recht" eine Mithaftung des Arbeitgebers zu konstruieren; diese läge dann vor, wenn die überwiegende Meinung der Rechtsgenossen den mit der Arbeitsverweigerung erstrebten Erfolg für sozial notwendig hält, wenn sich eine allgemeine Norm gebildet habe, hinter der der Arbeitsvertrag erheblich zurückbleibt und wenn andererseits der Beseitigung kein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers entgegensteht. In ähnlicher Richtung geht Hesper 674), wenn er auf die Zahlung von Hungerlöhnen abhebt. Solche sozialen Schichtungsvergleiche können aber ein ganz erhebliches Hemmnis einer sozialen Neu- und Fortentwicklung sein, ganz abgesehen von der nicht zu verkennenden Schwierigkeit, eine Mustergruppe zu bestimmen. Ähnliche Schwierigkeiten wirft die Frage nach dem allgemeinen Rechtsempfinden bzw. der überwiegenden Meinung auf. Trotzdem ist der Gedankengang der erwähnten Autoren im Grunde richtig. Zunächst ist m. E. stets Voraussetzung der Haftung des Arbeitgebers, dass ein Streik als rechtswidrig erkannt wird; hiervon sind die Fragen zu scheiden, woraus sich die Mithaftung des Arbeitgebers herleitet, wonach sich die Berechtigung der Arbeitnehmerforderung bzw. der Verweigerung des Arbeitgebers bemisst. Hier ist dann an die Anwendung von § 254 Abs. 2 BGB zu denken 675). Für eine Mithaftung ist immer eine rechtlich anerkannte Mitverantwortlichkeit erforderlich 676), wobei es sich weniger um ein Verschulden "in eigener Angelegenheit", denn um Rücksichtspflichten des sozialen Verkehrs handelt 677). Eine Mitbelastung würde sich al-

672) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 607; ebenso schon das RG in RGZ Bd. 106 S. 272; aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung vgl.: LArbG Hannover v. 11.8.1953 AP 1954 Nr. 28 sowie das BArbG v. 31.10.1958 - 1 AZR 632/57 E Bd. 6 S. 321 = Betr 1959 S. 87 = RdA 1958 S. 455, das in diesem Urteil den § 254 BGB eingehend prüft, aber die eine Lohnerhöhung verweigernden Arbeitgeber nicht belastet.

673) Koalitionsrecht, S. 162 f.

674) Diss. S. 19.

675) worauf auch Groh, Koalitionsrecht, S. 164, hinweist.

676) Palandt-Danckelmann, Komm. zum BGB, § 254 Anm. 2a.

677) Weitaus schwieriger würde sich die Feststellung des Rahmens der Mithaftung gestalten, wenn man der Ansicht folgt, die in § 254 einen Sonderfall des Arglist-Einwandes, ein Verbot des Selbstwiderspruchs sieht:

so nur aus einer umfassenden, die Zumutbarkeit herausstellenden Interessenabwägung begründen lassen. Derartige Interessen festzustellen, bereitet zwar erhebliche Schwierigkeiten; die oben geschilderten Gedankengänge von Groh und Hesper bieten aber bereits Anhaltspunkte. Stets bleibt jedoch festzuhalten, dass in Machtkämpfen grundsätzlich nicht von einer rechtlichen Gehaltenheit im Sinne von § 254 BGB ausgegangen werden darf. Nur ganz erhebliche, sozial nicht mehr zu rechtfertigende und zu billigende Positionen, die an eine Ausbeutung, an Sittenwidrigkeit grenzen, können hier von Bedeutung sein ⁶⁷⁸⁾.

a 4) Die Unterlassung von Notstandsarbeiten als unerlaubte Handlung.

Fraglich ist, ob eine uneingeschränkte Arbeitsverweigerung in lebenswichtigen Betrieben zu Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung führen kann, da die Streikbeschränkungen in diesen Betrieben aus dem Interesse der Gesamtheit abgeleitet sind, die Vorschriften über unerlaubte Handlungen aber dem Schutze von Einzelinteressen dienen.

Das gleiche Problem war bei der Beurteilung des Zeitungstreiks im Jahre 1952 aufgetaucht. Dort stellte sich das Gesamtinteresse in der Form der Unantastbarkeit parlamentarischer Willensbildung als ein Grundprinzip der grundgesetzlichen Ordnung dar. Eine Ansicht nahm an, dass das geringere Interesse durch das höhere gedeckt werde ⁶⁷⁹⁾, so

Dunz, JZ 1961 S. 407 mit Weiterverweis. Dann stellt sich nicht die Frage nach der Erlaubtheit, sondern nach der Zurechenbarkeit des Verhaltens des Beschädigten (Dunz aaO S. 409). Die Ausgangslage wäre nach dieser Ansicht für den Schädiger dann nicht gestört, wenn sie gerade die typische Handlungslage für den Schädiger gewesen ist. Im Falle von Arbeitskämpfen, von Streiks, kann man aber dann nur sagen, die Lage sei durch das Verhalten des Arbeitgebers nur noch typischer geworden - es sei denn, man wollte die Einzelforderung mit der sozialen Situation im allgemeinen vergleichen. Das aber würde zu keinem anderen Ergebnis führen, als es hier vertreten wird.

⁶⁷⁸⁾ Interessant ist, dass das BARbG mit Urteil vom 20.12.63 - 1 AZR 428/62, wie der Pressebericht im Betr 1964 S. 74 aufzeigt, in die gleiche Richtung zu gehen scheint.

⁶⁷⁹⁾ So, wenn auch nicht ausdrücklich, aber jedenfalls dem Sinn nach, Forsthoff, Zeitungstreikgutachten, S. 30 und Hueck, Zeitungstreikgutachten, S. 45.

daß das geringere über § 823 BGB geschützt ist. Nach Nipperdey⁶⁸⁰⁾ bezweckt das Verbot der Parlamentsnötigung - wie immer es auch herzu-
zuleiten sei - niemals, auch nicht nebenher oder nur mittelbar den
Schutz privater Rechtsgüter. Dem kann durchaus zugestimmt werden.
Bei uneingeschränkten Streiks in lebenswichtigen Betrieben geht es aber
ebenso wie beim Zeitungsstreik nicht um die Anwendung einer Schutz-
norm entgegen § 823 Abs. 1, einer Vorschrift, die dem Angegriffenen
wegen Verletzung seiner Rechtsgüter Schadensersatz zuspricht⁶⁸¹⁾. Ein
solcher entfällt nur dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund den Eingriff
deckt. Parallel liegende höhere Interessen der Allgemeinheit (so etwa
das in Art. 2 GG "verfassungsmäßige Ordnung" zum Ausdruck gekomme-
ne Bestandsinteresse der Gesamtheit) verleihen bei der Interessenabwä-
gung im Rahmen der Sozialadäquanz den Interessen des Arbeitgebers am
Betriebsschutz das Übergewicht über die Streikinteressen. Man könnte
also derartige uneingeschränkte Streiks als nicht mehr sozialadäquat
ansehen⁶⁸²⁾.

Nipperdey hat allerdings gegen ein derartiges Ergebnis im Zeitungs-
streikgutachten⁶⁸³⁾ Bedenken erhoben und verweist auf die Möglichkeit
einer Einwilligung des bekämpften Arbeitgebers, die einen Schadens-
ersatzanspruch verhindern müßte, was aber bei einem Vorrang der höhe-
ren Interessen nicht recht verständlich wäre. Liegt aber eine Einwilli-
gung vor, fehlt es m. E. bereits an einem Streik, weil kein gegeneinan-
der gerichteter Arbeitskampf, sondern eine gemeinsame Protestaktion
vorliegt; zum anderen verbieten sich Schadensersatzansprüche auch aus
der weiteren Überlegung, daß eine Einwilligung hier nicht die Rechts-
widrigkeit des Angriffs auf das höhere, wohl aber auf das niedrigere In-
teresse ausräumen könnte und deshalb also ein Ersatzanspruch entfällt,

680) Zeitungsstreikgutachten, S. 28 f, und 30.

681) Deshalb muß die Adäquanz gegen Nipperdey's Bedenken im Zeitungs-
streikgutachten S. 28 als gegeben angesehen werden.

682) Siehe oben S. 161 f.

683) S. 31

weil das höhere Interesse allein durch § 823 Abs. 1 BGB nicht geschützt ist ⁶⁸⁴⁾.

Die Unterlassung von Notstandsarbeiten in lebenswichtigen Betrieben stellt also, wie die Interessenabwägung gezeigt hat, sowohl einen Einzelvertragsbruch wie auch eine unerlaubte Handlung mit der Folge von Schadensersatzansprüchen dar.

b.) Die Betriebserhaltungsarbeiten.

Da grundsätzlich nach jedem Arbeitskampf die Arbeitsaufnahme am alten Arbeitsplatz beabsichtigt ist, ruht der Arbeitsvertrag bei Arbeitskämpfen im Interesse der Arbeitnehmer selbst nur hinsichtlich der Produktion, nicht auch hinsichtlich der Produktionsmittelerhaltung. Die Treuebindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht fort. Der einzelne Arbeitnehmer ist also über die Pflicht der Gewerkschaften hinaus, den Streik entsprechend einzuschränken, einzelvertraglich zur Leistung der notwendigen Erhaltungsarbeiten verpflichtet ⁶⁸⁵⁾. Eine Verletzung dieser Pflicht zu Betriebserhaltungsarbeiten stellt wie das Unterlassen von Mindestarbeiten in lebenswichtigen Betrieben eine positive Vertragsverletzung dar und könnte auch zu Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung führen.

2.) Streikausmaß und Streikdauer als Haftungsgrund.

Schon bisher war allgemein anerkannt, daß Streiks, die Betriebe rui-

684) Schließlich hülfte auch noch der Gesichtspunkt des venire contra. - Was von § 823 BGB gesagt ist, gilt gleichermaßen auch von § 826 BGB, wenngleich dieser in seiner Bedeutung heute zurücktritt.

685) Berteles, Rechtsnatur, S. 113; Hoeniger, RdA 1953 S. 205 unter Hinweis auf Grothe, Streik, Taktik und Strategie, S. 85 f; Siebrecht, Das Recht, S. 50; vgl. auch Ziskoven, Diss., S. 62, der diese Rechtspflicht allerdings nur unter dem Blickwinkel des § 826 BGB anspricht. Eine derartige Annahme ist nicht allein bei Befürwortung der Suspendierung in sich ohne Widerspruch: so aber Berteles, aaO., S. 108. Kommt es bei einer Abwehr zur Lösung der Verträge, so liegt darin zugleich auch das für den Arbeitgeber erhöhte Risiko der schärferen Form des Arbeitskampfes.

nierten, gegen die guten Sitten verstoßen⁶⁸⁶⁾ und als sozialinadäquat⁶⁸⁷⁾ zu bezeichnen sind. Das gleiche gilt von solchen Streiks, die im Vergleich zu dem angestrebten Vorteil unverhältnismäßige Schäden beim Bestreikten anrichten⁶⁸⁸⁾. Auch wenn diese Grenzen beim Einzelbetrieb noch nicht erreicht sind, ist doch u. U. das Ausmaß des allgemeinen Wirtschaftsschadens, das grundsätzlich mit jedem Streik verbunden ist⁶⁸⁹⁾, für die Gesamtheit unerträglich⁶⁹⁰⁾. Eine Übertragung der Abwägungsmaßstäbe für die Fälle einer Diskrepanz von Arbeitgeberschaden und Arbeitnehmervorteil ist kaum möglich. Hier müßte einerseits ein strengerer Maßstab anzuwenden sein, weil grundsätzlich in Rechte Dritter nicht schon dann eingegriffen werden darf, wenn gegenüber dem Vertragspartner, dem Arbeitgeber, hierzu ein Recht besteht. Allerdings ist auch nicht zu übersehen, dass jeder Streik Rückwirkungen auf die gesamte wirtschaftliche Lage hat.

686) Vgl. oben S. 162 f.

687) Nipperdey, Festschrift für Sitzler, S. 109 mit Weiterverweisen.

688) Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 376; Doerk, Der Streik als unerlaubte Handlung, S. 89 f; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 651 f; Niese, Streik und Strafrecht, S. 77; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 141; Siebrecht, Das Recht, S. 42.

689) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 390.

690) Dieses hier angesprochene Streikausmaß ist von ungerechtfertigten wirtschaftlichen Forderungen der Arbeitnehmer, mit denen Vorteile angestrebt werden, die moralisch nicht vertretbar und wirtschaftlich nicht tragbar sind, wohl zu unterscheiden (Kampf- bzw. Autonomiemißbrauch): derartige bloß unbillige Forderungen, die beim Prinzip der Vertragsfreiheit immer möglich sind, brauchen nicht unbedingt zu juristischem Unrecht abgestempelt zu werden (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 653); wollte man das tun, müßte geprüft werden, auf welche Weise die bekämpfte Partei zu schützen wäre und wer zu haften hätte, wer also Kläger und wer Beklagter sein müßte, ob nicht etwa der Staat zu haften hätte, weil er der ihm obliegenden Fürsorge für die Bekämpften nicht genügt hat, ob der Geschädigte tatsächlich der Arbeitgeber oder nicht doch eher die Allgemeinheit ist, wobei dann wiederum offen bliebe, wer die Allgemeinheit zu vertreten hätte, der evtl. durch einen derartigen Arbeitskampf Sparkapital entzogen ist. Zu all diesen ungeklärten und bei dem Grundsatz der Vertragsfreiheit wohl auch nicht zu klärenden Fragen tritt dann noch das Problem einer richtigen und gerechten richterlichen Entscheidung hinzu, die wohl nur auf wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis fassen könnte.

Hier könnte aber die Übertragung der für Streiks in lebenswichtigen Betrieben gefundenen Maßstäbe in Verbindung mit dem Gedanken des wegen parallelen höheren Interesses überwiegenden Einzelschutzinteresses weiterhelfen und fruchtbar werden. Eine sinnlose Schädigung der Gesamtheit in grossem Ausmass nur um geringer Gruppeninteressen willen kann nicht zulässig sein, wie das Beispiel der Bestreikung ganzer Industriezweige zeigt, die auf einen solchen Zeitraum lahmgelegt werden, dass die Warenvorräte zur Industrie- oder Marktbefriedigung ausgehen und eine Nachbeschaffung wegen Verknappung, Transportschwierigkeiten oder Zoll nicht zumutbar und damit nicht möglich erscheint; von besonderer Bedeutung wäre hier also der Faktor Speicherung. Bleiben infolge eines Streiks gegen einen Lieferbetrieb Warenlieferungen an schwache Betriebe aus und sind sie unersetzbar und führen daher zum Ruin des schwachen Betriebes, so dürfte auch ein derartiger Streik nicht mehr uneingeschränkt zu billigen sein.

In allen diesen Fällen ist allerdings nicht zu verkennen, daß hier anders als bei lebenswichtigen Betrieben nicht nur höchste Rechtsgüter geschützt werden. Während dort schon bei kleinen Streiks schwerste Folgen für den Einzelnen und die Gesamtheit eintreten, bedroht hier der Umfang des wirtschaftlichen Rückschlages die Gesamtheit nur in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung; es entstehen aber Schäden von volkswirtschaftlichen Ausmaßen. Ein derartiges Hintansetzen der Gesamtheitsinteressen gegenüber egoistischen Interessen einer kleineren Gruppe kann von der Rechtsordnung nicht zu dulden sein. Derartige Streiks sind nicht mehr sozialadäquat, weil in erheblichem Maße gesamtheitschädigend.

Der Angreifer ist grundsätzlich der das Risiko tragende Schadensstifter, denn es handelt sich um einen Machtkampf, der von ihm ausgeht. Schadensersatz müßte für den gesamten Schaden geleistet werden, und zwar auch für den, der im noch "rechtmäßigen" Kampfabschnitt ange richtet wurde, wie aus der gesamtheitlichen Betrachtung des Streiks, wie sie im Bundesarbeitsgerichtsurteil zum Schleswig-Holsteinschen Metallarbeiterstreik zum Ausdruck kam, abzuleiten ist ^{691) 692)}.

3.) Schäden durch Sympathiestreiks.

Sympathiestreiks sind Kämpfe, die in Abhängigkeit und zur Unterstützung eines anderen Streiks, des Hauptstreiks (Arbeitnehmer 1 - Arbeitgeber 1), geführt werden. Sie stellen ein weiteres Mittel dar, den im Hauptstreik angegriffenen Arbeitgeber 1 so umfassend wie möglich unter Druck zu setzen⁶⁹³⁾. Als Druckmittler dienen die sympathiestreikenden Arbeitnehmer 2 und der sympathiebestreikte Arbeitgeber 2. Der zwischen ihnen geführte Streik hat nicht das Ziel, die Arbeitsbedingungen der Streikparteien zu verändern, sondern wird insoweit ohne eigenes Interesse geführt⁶⁹⁴⁾. Der Arbeitgeber 2 soll nur alle ihm möglichen Mittel einsetzen, um den mit dem Hauptstreik angegriffenen Arbeitgeber 1 zum Nachgeben zu veranlassen⁶⁹⁵⁾.

Ob der Sympathiestreik alle Merkmale eines zulässigen Streiks aufweist und nur nicht eigenen Interessen dient, ist zweifelhaft. Was nämlich

691) Vgl. BARbG v. 17.12.1958 - 1 AZR 349/57 = AR-Bl, Arbeitskampf II, Entsch. 10 = Betr 1959 S. 378 = BetrBer 1959 S. 304, das dort mehrfach auf § 628 II BGB hinweist, in dem dieser Grundsatz der Schadensersatzleistung zum Ausdruck käme. In jenem Fall war die Lage genau umgekehrt; zunächst war nämlich die den Kampf einleitende Handlung rechtswidrig, später wäre ein rechtmäßiger Streik möglich gewesen.

692) Ähnliche Gesamtbetrachtungen von rechtlich bedeutsamen Vorgängen finden sich z. B. bei § 616 BGB, wo der Arbeitnehmer bei erheblichen Fehlzeiten gar keinen Lohnanspruch hat: Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, § 616 Anm. 21 mit zahlreichen Nachweisen, oder in den Fällen, in denen eine Rechtsausübung zur Schikane wird.

693) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 407; aA: Nipperdey, Festschrift für Sitzler, S. 88, der den Angriff auf dem ökonomischen Sektor jedenfalls nicht für das unmittelbare Ziel des Kampfes hält, vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 634.

694) Bulla, Festschrift für Molitor, S. 296; Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 43.

695) M. E. sind also zwei Gesichtspunkte für den Sympathiestreik kennzeichnend: Das Fehlen der eigenen Interessen und die Bestreikung eines zweiten Arbeitgebers, der die gewollten Arbeitsbedingungen nicht gewähren soll. Es wäre unrichtig, nur den einen oder anderen Gesichtspunkt in den Vordergrund stellen zu wollen, vgl. Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, S. 374; Bulla, AR-Bl., Arbeitskampf II, Streik I 1 a. F. (vgl. aber AR-Bl., Arbeitskampf II A II 3 c) und Festschrift für Molitor S. 295 f; Osswald: Der Streik, S. 16; Siebrecht, Das Recht, S. 15 und 20 einerseits und Hoeniger, RdA 1953 S. 206; Hueck, Festschrift für

im Verhältnis der Arbeitnehmer 2 zum Arbeitgeber 1 rechtmäßig ist, braucht nicht auch im Verhältnis der Arbeitnehmer 2 zum Arbeitgeber 2 rechtmäßig zu sein. Zwar kann der mittelbar angegriffene Arbeitgeber 1 - wenn auch nur gegenüber den Arbeitnehmern 1 - gewähren, was unter Druck erstrebt wird; bei dem Arbeitgeber 2 ist das aber nicht der Fall. Sieht man als das von ihm Verlangte seine Druckausübung auf den Arbeitgeber 1 an, so geht der ihm gegenüber geführte Arbeitskampf gar nicht um Arbeitsbedingungen⁶⁹⁶⁾. Sieht man als angestrebtes Ziel die Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer 1, so kann das der Arbeitgeber 2 wiederum nicht gewähren. Nimmt man daher vom engen Selbstgewährenkönnen als Arbeitskampfvoraussetzung Abstand⁶⁹⁷⁾ und verlangt nur seinen Einsatz für die Interessen der Arbeitnehmer 1, damit diese die erstrebten Arbeitsbedingungen erhalten, so mutet man ihm eigentlich wiederum etwas zu, was er nicht sicher herbeizuführen vermag. Ihm steht keinerlei rechtliches Zwangsmittel zur Verfügung, mit dem er etwa den Arbeitgeber 1 zu den geforderten Arbeitsbedingungen hinzwingen könnte. Auch die Zugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband ändert das nicht. Ob der Arbeitgeber 1 auf den bloßen wirtschaftlichen Druck des Arbeitgebers 2 hin nachgibt, ist nicht sicher. Der Ar-

Herschel, S. 33 andererseits; wie hier Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 412; Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 88; Nipperdey, Zeitzungsstreikgutachten, S. 43. Richtet sich solch ein uneigennütziger Hilfsstreik gegen den gleichen Arbeitgeber, der schon in einem seiner weiteren Betriebe bestreikt wird, so kann man nicht von einem Sympathiestreik sprechen. Das gilt insbesondere dann, wenn mehrere Betriebe durch einen Gesamtbetriebsrat zusammengefaßt sind. Da die Zurückhaltung der Arbeitsleistung im Bereiche der Betriebssolidarität stets den gleichen Arbeitgeber trifft, erscheint wohl eine Streikbeteiligung, aber kein Sympathiestreik möglich. Es sind also Sympathiestreiks überhaupt nur bei Kämpfen um Tarifverträge in den durch die Solidarität gesteckten Grenzen zuzulassen.

696) das ist aber nach der h. M. Zulässigkeitsvoraussetzung von Arbeitskämpfen: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 641. - Der Sympathiestreik ist nicht etwa darum rechtswidrig, weil der Arbeitgeber 2 seine vertraglichen Beziehungen zum Arbeitgeber 1 abbrechen soll. Da der Arbeitgeber 2 entweder ein ordentliches oder ein außerordentliches Kündigungsrecht hat, kann man den Sympathiestreik nicht als Verleitung zum Vertragsbruch ansehen.

697) was im Hinblick auf den sog. politischen Streik bedenklich erschiene, wenn auch dort der mittelbar betroffene Dritte kein Arbeitgeber ist.

beitgeber 2 hat es also nicht in der Hand, dem Sympathiestreik nachgebend, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer (1) zu bessern, was aber nach h. M. ⁶⁹⁸⁾ Bedingung der Kampfzulassung ist, so daß eigentlich wieder ein Merkmal der rechtlichen Zulässigkeit dieses Arbeitskampfes entfielen. Man muß aber nur das Merkmal "Bekämpfung des sozialen Gegenspielers um der Änderung von Arbeitsbedingungen willen" weit genug fassen, dann sind die Schwierigkeiten, die sich die herrschende Meinung selbst bereitet, zu überwinden.

a.) Ersatzansprüche des Arbeitgebers 2.

Ein Blick auf die sonstigen zivilrechtlichen Eingriffsrechte zeigt, daß Hilfshandlungen in aller Regel nur soweit reichen dürfen, wie Haupthandlungen zugelassen werden (Notwehr-, Notstandshilfe !). Eine Ausnahme ist der oben schon erwähnte § 904 BGB, der aber zugleich eine Schadensersatzverpflichtung begründet. Obwohl der Sympathiestreik allgemein als zulässig ⁶⁹⁹⁾, als sozialadäquat angesehen wird, gibt Schnorr v. Carolsfeld ⁷⁰⁰⁾ zu bedenken, ob man nicht gerade unter dem Gesichtswinkel der Hilfshandlungen den Gedanken aus § 904 BGB hierher zu übertragen hätte. M. E. ist diese Übertragung wegen des Fehlens einer Gefahrenlage, die bei der Sonderregelung des § 904 Voraussetzung ist, abzulehnen ⁷⁰¹⁾, ganz abgesehen davon, daß ja auch die Rechtswidrigkeit des Eingriffs fehlt; denn man wird nicht umhin können, Sympathiestreiks trotz der aufgezeigten Bedenken grundsätzlich als zulässig anzusehen. Hueck ⁷⁰²⁾ meint, man könnte u. U. bei Demonstrationsstreiks an Aufopferungsansprüche der bestreikten Arbeitgeber denken. Dieser Gedan-

698) Staudinger-Mohnen, Komm. zum BGB, Anm. 325 vor § 611.

699) Bulla, Festschrift für Molitor, S. 295 ff; Hohenester, Die Grenzen, S. 104 mit Weiterverweis; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 412; Hueck, Festschrift für Herschel, S. 31 und 39; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 644; Siebrecht, Das Recht, S. 20; auch das BARbG geht in den Gründen seines Beschlusses v. 28.1.1955 - GS 1/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 von dieser Auffassung aus.

700) Lehrbuch, S. 323.

701) siehe oben S. 157

702) Festschrift für Herschel, S. 45.

ke ließe sich m. A. nach eher hierher übertragen und zur Begründung von Ansprüchen des Arbeitgebers 2 verwenden ⁷⁰³⁾. Da aber Hilfsaktionen in den Grenzen der Solidarität zuzulassen sind, dürfte eine Übertragung des Aufopferungsgedankens versagt sein.

Weist der Sympathiestreik mangels Solidarität keine rechtlich geduldete Beziehung zum Hauptstreik auf, kommen gegenüber den Arbeitnehmern 2 sowohl Schadensersatzansprüche aus Vertrag als auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung in Betracht; ein solcher Sympathiestreik ist nicht mehr als sozialadäquat zu bezeichnen ^{704) 705)}.

b.) Ersatzansprüche des Arbeitgebers 1.

Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers 1 gegen die streikenden Arbeitnehmer sind dagegen über zwei Kausalketten möglich: über den Hauptstreik und über den Sympathiestreik. Beide Wege sind nur hinsichtlich der Bestimmungen über die unerlaubte Handlung vergleichbar. Da die von den Arbeitnehmern gewählten Schädigungsmittel verschiedener Art sind - einmal ist es die Zurückhaltung der Arbeitsleistung, zum andern ist es der Abbruch der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber 1 und dem als Werkzeug der Arbeitnehmer fungierenden Arbeitgeber 2 -, brauchen sie hinsichtlich der Beurteilung ihrer

703) Wegen der Begründung einer derartigen Konstruktion darf auf das oben S. 157 ff Gesagte verwiesen werden.

704) Siehe oben S. 147 ff.

705) Zur Frage der Akzessorietät von Haupt- und Hilfskampf nimmt Bulla, Festschrift für Molitor, S. 297 ff. ausführlich Stellung. Nach ihm sind Sympathiekämpfe u. a. dann zuzulassen, wenn die Sympathiekämpfer am Ereignis des Hauptkampfes wenigstens mittelbar interessiert sind. Damit scheint mir die Frage der Solidarität und ihrer Grenzen angesprochen zu sein, die oben S. 144 ff und 147 ff ausführlich besprochen wurde. Greift man auf sie zurück, ist man der nach Bulla notwendigen, nicht ganz leichten Feststellung enthoben, wann zum Kampf berechtigende mittelbare Interessen vorliegen bzw. eine Einwirkungsmöglichkeit der Sympathiesierenden untereinander gegeben ist. Da sich mit dem Kampfziel auch die Solidarität einschränken oder ausdehnen kann (siehe oben S. 146 ff), ist durch die Einführung der Solidarität in den Oberbegriff der Akzessorietät eine Einschränkung von Sympathiekämpfen erreicht, die der von Bulla vertretenen Auffassung recht nahe kommt.

Rechtmäßigkeit nicht übereinzustimmen. Nachdem solche Schützenhilfe durch die Arbeitnehmer 2 und den Arbeitgeber 2 aber gebilligt ist, kann die Schädigung des Arbeitgebers 1, solange der insgesamt durch den Haupt- und mittelbar durch den Sympathiekampf angerichtete Schaden kein sittenwidriges oder sozialinadäquates Ausmaß annimmt, zu keinen Ersatzansprüchen führen.

IV. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Streikfolge.

1. Die ordentliche Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen bei Arbeitskämpfen.

Gemäß § 23 KSchG sind die Kündigungsschutzbestimmungen nicht auf Arbeitskämpfe anwendbar; mit anderen Worten: vertragslösende Erklärungen gegenüber Kämpfenden erschienen dem Gesetzgeber zwar denkbar - sofern nicht etwa schon der Arbeitsvertrag durch den Kampf selbst aufgehoben ist ⁷⁰⁶⁾ -, unterlägen nur nicht den die Arbeiter schützenden gesetzlichen Bestimmungen. Wieweit allerdings der Kreis derartiger Maßnahmen zu ziehen ist, wird im Gesetz nicht gesagt.

Im Rahmen des zu prüfenden Arbeitsthemas stellt sich damit die Frage, ob ordentliche Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen bei Arbeitskämpfen möglich sind oder ob sie in den Kampfmaßnahmen aufgehen.

Bei dieser Prüfung ist von der Behandlung der Kampfteilnahme selbst auszugehen. Soweit die ordentliche Kündigung auf Gründe gestützt wird, die im Verhalten des einzelnen Arbeitnehmers liegen, bestehen keine Bedenken gegen ihre Zulassung. Insoweit kollidieren Kampf und Kündigung nicht. Anders ist es, wenn die Beteiligung am Kampf selbst Kündigungsgrund sein soll. Da mit der h.M. davon auszugehen ist, daß die Teilnahme an rechtmäßigen Arbeitskämpfen keine ungerechtfertigte Vertragsverletzung darstellt, kann sie auch nicht in eine beharrliche Arbeitsverweigerung umzudeuten sein und Grund zur Auflösung des Arbeitsvertrages werden. Handelt es sich dagegen um die Teilnahme an rechts-

706) Siehe oben S. 134 f.

widrigen Arbeitskämpfen, so drängt sich die Annahme einer beharrlichen Arbeitsverweigerung auf, weil ja hier die Verletzung der vertraglichen Pflichten nicht gerechtfertigt war; Arbeitsverweigerung ist regelmässig ein wichtiger, zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund. Es ist also festzuhalten, daß bei einem rechtswidrigen Arbeitskampf von der h. M. bei der außerordentlichen Kündigung nach der Rechtfertigung der Kündigung durch einen Kündigungsgrund gefragt wird ⁷⁰⁷⁾.

Ist aber etwa wegen mangelnder Unzumutbarkeit oder Fristversäumnis eine außerordentliche Kündigung nicht möglich, käme nurmehr eine ordentliche Kündigung in Frage.

Es kann also davon ausgegangen werden, daß rechtswidrige Arbeitskämpfe die einzelvertraglichen Rechte des angegriffenen Vertragspartners nicht schmälern, weil eine kollektivrechtliche Rechtfertigung des des vertragspflichtwidrigen Verhaltens nicht gegeben ist. Auf die ordentliche Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen übertragen, heisst das: Auch in diesem Bereich ist der Arbeitgeber in seinen einzelvertraglichen Massnahmen nicht weiter eingeschränkt, als es das Kündigungsschutzgesetz vorsieht. Greift der rechtswidrig angegriffene Arbeitgeber zu eigenen Kampfmassnahmen, etwa zur suspendierenden oder lösenden Abwehraussperrung, so sind diese, auch wenn sie sich letzten Endes als Massnahmen zur Verhinderung der wirtschaftlichen Schäden darstellen, als kollektivrechtlichen Ausstrahlungen ausgesetzte Handlungen rein einzelvertraglicher Beurteilung entzogen ⁷⁰⁸⁾.

Eine Auffassung, die zu einem anderen Ergebnis führen kann, ist ⁷⁰⁹⁾ schon erwähnt worden. Es ist dies eine Meinung, die zwar auch an den Beschluß des Großen Senats des BArbG vom 28. 1. 1955 ⁷¹⁰⁾ anknüpft,

707) Bulla, AR-BI, Arbeitskampf II D IV 5b mit Weiterverweis.

708) vgl. die parallelen Situationen bei Teilstreiks oder bei Streiks in Zubringerbetrieben, wie sie oben S. 136 ff und S. 155 geschildert werden.

709) oben S. 133.

710) GS 1/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 = RdA 1955 S. 198.

dessen Begründung aber unzutreffend ausdeutet ⁷¹¹⁾. Meines Erachtens hat das BARbG keine Ausgliederung der Kampfhandlungen aus dem Individualrechtsbereich gewollt oder die Streikbeteiligung als neutrale Handlung angesehen, die mit einzelvertraglichen Maßstäben garnicht mehr zu messen ist. Es hat vielmehr sehr wohl erkannt, dass die kollektivrechtliche Kampfhandlung den einzelvertraglichen Pflichten und Bindungen zuwiderläuft und hat, wenn auch nur nicht ausdrücklich, diese eigentlich vorliegende Vertragsverletzung unter dem Aspekt der Rechtmässigkeit des Kollektivaktes ebenfalls als gerechtfertigt angesehen. Dafür sprechen auch die aaO verwendeten Formulierungen, nämlich: die Beteiligung an rechtmässigen Streiks sei in bezug auf den Einzelarbeitsvertrag nicht "als vertragswidrig und rechtswidrig" anzusehen oder die kollektivrechtlich einwandfreie Aussperrung könne "nicht auf der Ebene des Individualvertrages beanstandet werden". Es stimmt dadurch lediglich die rechtliche Wertung des kollektivrechtlichen und des einzelvertraglichen Vorgangs aufeinander ab. Umgekehrt muß sich dann auch die fehlende Rechtfertigung der kollektiven Handlung entsprechend auf das auf der Ebene des Einzelvertrages zu Tage tretende Handeln auswirken und es als rechtswidriges Tun ausweisen. "Der Einzelne bleibt (also dabei ⁷¹²⁾ aus individualrechtlicher Sicht erfaßbar und bewertbar. Die Einzelhandlung behält aus der Sicht des Einzelarbeitsverhältnisses eine selbständige Bedeutung und stellt somit eine individualrechtliche Größe dar". Das Verhältnis von Kollektivrechtsakt zu Individualrechtsakt bietet daher keinen Ansatz zu einer Lösung in dem Sinn, in Arbeitskämpfen seien keine ordentlichen Kündigungen, sondern nur noch Kampfmaßnahmen möglich ⁷¹³⁾.

Ein anderes Ergebnis wäre nur zu erreichen, wenn man die These aufstellen würde, daß kollektivrechtlichen Angriffen grundsätzlich nur auf kollektivrechtlicher Ebene begegnet werden dürfe ⁷¹⁴⁾ und alles, was im

711) vgl. die Darlegungen und Nachweise bei Zimmer, RdA 1962 S. 462; ebenso Nüss, NJW 1961 S. 1957.

712) wie Zimmer, RdA 1962 S. 462, zutreffend ausführt.

713) Anderer Ansicht Nüss, NJW 1961 S. 1957.

714) vgl. Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 169 mit 165.

Kampf oder zur Abwehr eines Angriffs (den Kämpfenden gegenüber) vorgenommen wird, Kampfmaßnahme und daher wesensgemäß dem Kündigungsschutzgesetz entzogen ist. Der Wille, die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen kampfreisier Eingriffe in den Gewerbebetrieb zu verhindern, reicht jedoch noch nicht aus, um die getroffenen Maßnahmen zu einer Abwehr- bzw. zu einer Kampfhandlung überhaupt abzustempeln⁷¹⁵⁾. Eine derartige Annahme würde nicht nur über den Willen des Einzelnen hinweggehen, sondern zu einer im Arbeitsleben gänzlich unerwünschten Kampfausweitung hinzwingen. Darüber hinaus wird vielfach auch die Ursache der wirtschaftlichen Bedrängnis des Arbeitgebers nicht eindeutig zu ermitteln sein, so daß eine scharfe Trennung in erzwungene Abwehr, also Kollektivhandeln, und in bloß organisatorisches Einstellen auf eine allgemein veränderte wirtschaftliche Situation garnicht mit Sicherheit durchzuführen wäre.

Kann also beim rechtswidrigen Arbeitskampf auf die einzelne Verletzung der Pflichten des Arbeitsvertrages auch mit einer ordentlichen Kündigung geantwortet werden, stellt sich doch noch die Frage, inwieweit das Kündigungsschutzgesetz mit seinen Vorschriften über die Kündigungsgründe, den besonderen Kündigungsschutz etwa des Betriebsratsmitgliedes, den Bestimmungen über die Massenentlassungen usw., anzuwenden ist. Hier könnte nämlich der § 23 KSchG von Bedeutung werden. In der Tat läßt Bulla⁷¹⁶⁾ ordentliche Kündigungen wegen Beteiligung an rechtswidrigen Arbeitskämpfen, sogenannte "Kampfkündigungen", unter § 23 KSchG fallen. Er sieht in ihnen keine Kollektivrechtsakte, da er sie nicht zu den Kampfmitteln Streik - Aussperrung - Boykott rechnet, will sie aber andererseits wegen der Kampflage nicht als übliches einzelvertragliches Gestaltungsmittel werten und sieht den Grund hierzu in § 23 KSchG. Eine andere Auffassung lassen die Darlegungen von Hueck⁷¹⁷⁾ erkennen. Er spricht zwar zunächst nicht ganz eindeutig davon, daß zu den Mitteln

715) Hierzu ist bereits oben S. 138 ff, 140 ff ausführlich Stellung genommen.

716) AR-BI, Arbeitskampf II D IV 5b; ebenso Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 623.

717) Komm. zum Kündigungsschutzgesetz, § 23 Anm. 1, 3 ff.

des Arbeitskampfes neben dem Boykott "vor allem" Streik und Aussperrung gehören, stellt im folgenden aber doch klar heraus, welche Lösungstatbestände seiner Ansicht nach unter § 23 KSchG fallen. Wenn er sagt, daß etwa bei Aussperrungen meist der Weg der formellen Kündigung gewählt werde oder daß die Antwort des Bestreikten auf den Angriff eine hier bei § 23 KSchG interessierende Kündigung sei ("Kündigung zum Zweck der Aussperrung") und schliesslich abschließt, Voraussetzung des § 23 KSchG sei, daß die Kündigungen Maßnahmen des wirtschaftlichen Kampfes seien, wird deutlich, daß er die kollektivrechtlichen Kampfmaßnahmen vom einzelvertraglichen Kündigungsschutz ausnehmen will ⁷¹⁸⁾. Mir scheint ebenfalls, daß § 23 KSchG trotz des entgegenstehenden Wortlauts dem Sinn des Gesetzes entsprechend nur die kollektivrechtlichen Maßnahmen aus dem Kündigungsschutz entlassen und die Kündigungen im übrigen an die gesetzlichen Einschränkungen binden will ⁷¹⁹⁾. Der Arbeitgeber wird sich also beim Arbeitskampf fragen müssen, ob er Kollektivgegenmaßnahmen oder den einzelvertraglichen Weg wählt, da das hier Gesagte nicht nur für verhaltensbedingte Kündigungen gilt. Im letzteren Falle bleibt er also an die üblichen Kündigungsschranken gebunden ^{720) 721)}.

Das hier gefundene Ergebnis trifft gleichermaßen auf Kämpfende wie auf die nicht mitstreitenden Solidarischen zu. Die Solidarität führt zwar dazu, daß sich der Pflichtenkreis der Solidarischen nicht ausweiten kann, erweitert aber auch nicht die Rechtsposition der solidarischen Nichtkämpfenden. Wirtschaftliche Notlagen können also, mögen sie auch ihre Ursache in Arbeitskämpfen haben, zu deren ordentlicher, betriebsbedingter Kündigung führen ⁷²²⁾.

718) Auch Herschel-Steinmann, Komm. zum KSchG, besprechen bei dieser Bestimmung die typischen Kollektivrechtsakte (Anm. 2 und 3).

719) Ebenso Auffarth-Müller, Komm. zum KSchG, § 23 Anm. 1 und 4.

720) womit der Begriff einer Kampfkündigung überflüssig würde.

721) Zu Recht gewährt daher Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 169 Anm. 60 unter Hinweis auf Osthold, Betr 1958 S. 341 Kündigungsschutz bei betriebsbedingten Kündigungen.

722) Ebenso Gift, RdA 1960 S. 169.

Betriebsbedingte ordentliche Kündigungen bei rechtmässigen Arbeitskämpfen sind dagegen folgendermaßen zu beurteilen: auch bei solchen Kämpfen besteht kein Zwang zur Kollektivhandlung, noch muß das rechtmäßige Kollektivhandeln die auf einzelvertraglicher Ebene liegenden Gestaltungsrechte des Arbeitgebers dann einschränken, wenn es sich um die nicht mitkämpfenden Solidarischen handelt ⁷²³⁾. Gegenüber dem am Kampf beteiligten Arbeitnehmer wird dagegen eine andere Beurteilung Platz greifen müssen. Ist nämlich der Angriff rechtlich gebilligt, so ist es auch die Schadensfolge; Schadensersatzansprüche gegen die rechtmässig Streikenden sind ausgeschlossen. Die beim Arbeitgeber eintretende Folge, die Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Lage, ist Kampfziel, das abzuwenden durch eigene Kampfmaßnahmen sicherlich erlaubt ist. Ob dagegen gefolgert werden kann, weil es keinen Zwang zur Kollektivhandlung gibt, könne es dem Arbeitgeber nicht auch verwehrt sein, auf die Gestaltungsrechte zurückzugreifen, die ihm das Einzelvertragsrecht bietet, ist zu bezweifeln. Die oben ⁷²⁴⁾ besprochene Situation bei Teilstreiks und bei Streiks in Zubringerbetrieben bietet keinen Anhalt, weil es dort um die Frage ging, ob das Einzelvertragsrecht eine Handhabe bietet, das wirtschaftliche Risiko auf nicht mitkämpfende Arbeitnehmer abzuwälzen. Hier sind es aber die Streikenden, denen über die einzelvertragliche Kündigung - wenn sie zuzulassen wäre - der Vorwurf gemacht würde, die kollektivrechtlich gerechtfertigte Kampffolge sei einzelvertraglich zu mißbilligen. Dabei wird nicht verkannt, daß eine (ordentliche) Kündigung keine Strafmaßnahme ist. Immerhin würde die Zulassung einer betriebsbedingten ordentlichen Kündigung gegenüber Streikenden die einzelvertraglichen Gestaltungsrechte des Arbeitgebers gerade wegen des rechtmässigen Arbeitskampfes und der rechtlich gebilligten Kampffolge vermehren und letztlich doch eine Verdrängung der Rechtfertigung der Einzelvertragsverletzungen durch die Kollektivhandlung bedeuten. Gegenüber Streikenden wird man also eine betriebsbedingte Kündigung wegen kampfbedingter wirtschaftlicher Not nicht zulassen können.

723) Vgl. Gift, aaO.

724) S. 136 ff und S. 154 f.

Da nun die Ursache der wirtschaftlichen Not - wie schon erwähnt - nicht immer klar zu erkennen sein wird, muß das Verbot betriebsbedingter Kündigungen gegenüber Streikenden generell Geltung haben. Ihnen gegenüber ist also der Arbeitgeber auf Kollektivmaßnahmen verwiesen⁷²⁵⁾.

Dem Arbeitgeber sind also zur Risikoabwälzung bei rechtswidrigen Angriffen zwei Wege eröffnet: der übliche Weg über die dem Kündigungsschutzgesetz unterstellte ordentliche Kündigung und die Abwehr durch eigene Kampfmaßnahmen; bei rechtmässigen Angriffen hat er den Kämpfenden gegenüber dagegen nur die Möglichkeit, durch kollektiv gezielte Maßnahmen sein wirtschaftliches Risiko zu verringern.

2. Die Wiedereinstellung nach Streikbeendigung.

a.) Bei gelöstem Arbeitsverhältnis.

Ist das Arbeitsverhältnis als Folge des Arbeitskampfes aufgelöst, so besteht nach dem Kampfe keine echte Pflicht mehr, dem ehemaligen Arbeitnehmer seinen alten oder auch nur einen Arbeitsplatz wiederzugeben.

Aus dem Wesensmerkmal des Arbeitskampfes, nach Kampfe die Arbeit wieder aufzunehmen, folgert das BARbG⁷²⁶⁾, dass der Arbeitgeber die Wiedereinstellungschance nicht willkürlich vereiteln dürfe. Das führt zwar zu einer Abschwächung des Kampftrisikos für die Arbeitnehmer, die im Hinblick auf den Schutz des Arbeitgebers vor Vernichtung seines Betriebes nicht ungerechtfertigt scheint, jedoch nicht zu seiner völligen Beseitigung, da dem Arbeitgeber immer noch ein weiter Ermes-

725) Im Ergebnis wie hier das ArbG Kiel vom 4.2.1957, BetrBer 1957 S. 472, das die bei einem (wohl rechtmässigen) Streik wegen Arbeitsmangel ausgesprochene Kündigung als Kampfmaßnahme ansieht; aa: Wiedemann, RdA 1961 S. 8 mit Anm. 107, der bei sozial berechtigten Arbeitskämpfen generell Einzelkündigungen zuläßt und sie dann den Bestimmungen des KSchG unterstellt.

726) in seiner richtungsweisenden Entsch. v. 28.1.1955 - GS 1/54 E Bd. 1 S. 291 ff = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 = RdA 1955 S. 198; ebenso Nikisch, Lehrbuch Bd. 2 S. 175 f.

sensspielraum zugestanden wird, wenn er aus sachlich vertretbarem Grunde eine Wiedereinstellung ablehnen darf. Das ist u. a. dann möglich, wenn der Arbeitsplatz gerade infolge der Arbeitsniederlegung nicht mehr frei ist. Darin zeigt sich nicht etwa die wirtschaftlich überlegene Stellung des Arbeitgebers; es ist dies lediglich die Folge der dem Arbeitgeber zuzusprechenden Möglichkeit, die Streikauswirkungen soweit wie möglich zu beschränken ⁷²⁷⁾. Überhaupt wird der Arbeitgeber bei sonstigen wirtschaftlichen Gründen, die zu einer ordentlichen Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes berechtigen würden, die Offerte der Arbeitnehmer, die Arbeit wieder aufzunehmen, ohne einen Ermessensmissbrauch zu begehen, ablehnen dürfen. An die Ablehnungsberechtigung werden aber hier nicht so hohe Anforderungen zu stellen sein wie nach dem Kündigungsschutzgesetz an ordentliche Kündigungen, da es sich hier ja nicht um die Lösung einer vertraglichen Bindung handelt, sondern um die bloße Berechtigung zur Ablehnung eines nur durch gewisse Treuerücksichten geschützten Vertragsangebots ⁷²⁸⁾. Der Arbeitgeber ist lediglich gehalten, auf die grundsätzliche Bereitschaft der Arbeitnehmer, nach Kampfende weiterzuarbeiten, Rücksicht zu nehmen.

b.) Bei suspendiertem Arbeitsverhältnis.

Ist der Vertrag mit dem Streikenden durch den Arbeitskampf nicht endgültig aufgelöst, lebt er nach Kampfende wieder auf. Wenn der Arbeitsplatz des am Streik beteiligt gewesenen Arbeitnehmers in der Zwischenzeit besetzt ist, kann das nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Er hätte die Neueinstellung nicht etwa nur auf eine bestimmte Zeit oder durch das Kampfende auflösend bedingt vorzunehmen gehabt, ganz abgesehen davon, daß es mehr als zweifelhaft ist, ob unter solchen Bedingungen neue Kräfte zu finden wären. Die Einstellung ist Folge des Streiks. Sie ist das Mittel zur Schadensabwendung und zur Druckminderung. Es wäre geradezu unzumutbar, dem Arbeitgeber nun nach Streikende eine

727) Ähnlich Gift, RdA 1960 S. 167.

728) Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 175 Anm. 81.

zur Streikabwehr erforderliche Handlung anlasten zu wollen ⁷²⁹⁾. Das Wiederaufleben des Vertragsverhältnisses macht allerdings seine Lösung notwendig ⁷³⁰⁾. Da eine Fortdauer der vertraglichen Gebundenheit für den Arbeitgeber unzumutbar ist - die Ursache zur Neubesetzung des Arbeitsplatzes lag immerhin beim Arbeitnehmer selbst - muß man ihn für berechtigt halten, außerordentlich zu kündigen. Fraglich ist, ob das gleiche Ergebnis auch bei während der Kampfzeit vorgenommenen Rationalisierungsmaßnahmen gerechtfertigt erscheint. Gegen diese Annahme ließe sich anführen, daß die Rationalisierung vielleicht nur aufgeschoben worden sei, um sie "im Schutze" des Arbeitskampfes unter Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes durchzuführen. Die Folge wäre, daß der Arbeitgeber durch eine Rationalisierung vermeidbare Schädigungen hinzunehmen oder den Arbeitnehmer nach Kampfbeginn ohne Beschäftigungsmöglichkeit bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist auszuzahlen hätte. Dagegen spricht, daß all das, was zur Abschwächung der Streikfolgen getan wurde, auch zum gleichen rechtlichen Ergebnis führen muß. Abgesehen davon, daß der Aufschub der Rationalisierung u. U. sogar nur aus Rücksicht auf die Arbeitnehmer erfolgt ist, die diesen Schutz bei Machtauseinandersetzungen nicht mehr verdienen, stellte sich diese rechtliche Ablehnung einer Rationalisierung als unzumutbare Einschränkung der Wahl des Kampfmittels zur Vermeidung der wirtschaftlichen Kampffolgen dar. Greift der Arbeitnehmer, um seine Interessen auszudrücken, zum Kampfmittel Streik, trägt er auch das Risiko wirtschaftlich erfolgreicher Gegenmaßnahmen. Daher gilt auch hier das gleiche Ergebnis wie beim Arbeitsplatzwegfall durch Neubesetzung ⁷³¹⁾. Auftragsmangel als Folge einer Streikperiode ist dagegen normalerweise kein wichtiger Grund, der Arbeitnehmer für dauernd von ihren Arbeitsplätzen verweisen

729) Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 191; vgl. auch Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 174 f.

730) Unrichtig Hoeniger, RdA 1953 S. 210 Anm. 17 unter Weiterverweis auf RdA 1952 S. 244, der ein automatisches Erlöschen annimmt.

731) wie hier Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2 S. 622; BArbG v. 28. 1. 1955 - GS 1/54 E Bd. 1 S. 291 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = Betr. 1955 S. 455 = BetrBer 1955 S. 412 = RdA 1955 S. 198.

könnte⁷³²⁾. Dieses wirtschaftliche Risiko liegt beim Arbeitgeber, der vorausplanend seine Kampfmassnahmen und sein Kampfziel darauf abzustellen hat, es sei denn, er hätte Anlass, auf die Regeln des Betriebsrisikos zurückzugreifen, wobei allerdings das unverschuldete Eintreten der Notlage besonders streng geprüft werden müsste. Blosser Anlaufschwierigkeiten werden u. U. schon durch eine Beschränkung der Lohnzahlungspflicht aus Unzumutbarkeit behoben werden können. Der Grund für die abweichende Behandlung dieser Streikfolge liegt darin, dass der Kündigungsgrund der ersten Beispiele auf eine durch den Arbeitnehmer provozierte Abwehrmassnahme des Arbeitgebers zurückzuführen und nicht wieder zu beseitigen ist, während das hier der Fall ist.

3. Die Wiedereinstellungsklausel in Tarifverträgen.

Wiedereinstellungsklauseln, deren normative Kraft heute anerkannt ist, stellen keine neuartige Kombination eines Vertrages zu Gunsten und zu Lasten Dritter dar, sondern begründen kraft unmittelbarer gesetzlicher Wirkung einen Anspruch auf Wiedereinstellung⁷³³⁾. In welcher Beziehung dieser außerarbeitsvertragliche Anspruch zu einem zunächst suspendierten und nach Kampfeinde wieder aufgelegten Arbeitsvertrag steht, ist zweifelhaft, da auch aus diesem Arbeitsvertrag eine Pflicht des Arbeitgebers, gerichtet auf Zulassen der Weiterarbeit des Arbeitnehmers, fließt. M. E. läßt sich bei derartiger Konkurrenz eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung z. B. wegen zwischenzeitlicher Besetzung des Ar-

732) aA: Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 191 unter Hinweis auf LArbG München v. 28.6.1954, Amtsbl. d. Bayer. ArbMin. 1954 C S. 153 (162), der eine außerordentliche Kündigung für möglich hält. Gegen eine ordentliche Kündigung wird man allerdings keine Einwände haben können, da dem Arbeitgeber das Recht zur betrieblichen Disposition nicht auch in die Zukunft hinein beschnitten sein kann.

733) Bulla, AR-BI, Arbeitskampf II, Streik IV, 1a; Endemann, ArbUR 1955 S. 10; Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zum TVG, § 1 Anm. 48, § 4 Anm. 40; Maus, Komm. zum TVG, § 1 Anm. 134; Siebrecht, Das Recht, S. 102 mit Weiterverweis; daß darin eine Risikoverschiebung liegt, wird von Siebert in der Anm. zu LArbG Düsseldorf v. 19.1.1954 BetrBer 1954 S. 966 klar erkannt.

beitsplatzes nicht vertreten ⁷³⁴⁾. Jede vertragliche, also auch jede tarifvertragliche Regelung kann die Grenzen der Unzumutbarkeit mangels sonstiger zwingender Normen bis zur Sittenwidrigkeit verschieben ⁷³⁵⁾. Wiedereinstellungsklauseln bringen daher erneute wirtschaftliche Lasten für den Arbeitgeber mit sich. Die Tarifvertragsklausel läuft also keineswegs leer; sie verändert das wirtschaftliche Risiko zu Ungunsten des Arbeitgebers. Ordentliche Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen sind dadurch allerdings nicht verhindert.

734) vgl. auch Nikisch, Lehrbuch, Bd. 2 S. 177.

735) Kritisch Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 192.

Teil C

Notstandslagen aus sonstigen Gründen.

Die Druckkündigung.

a.) Zwischen den Maßnahmen in wirtschaftlichen Notsituationen, die aus Arbeitskämpfen herrühren und denen, die ausschließlich durch wirtschaftliche Unzumutbarkeit oder doch erhebliche Belastungen gekennzeichnet sind, nimmt die Druckkündigung eine eigenartige Mittelstellung ein. Bei ihr geht es um die Lösung eines Vertrages, der dritten Personen, die nicht Vertragspartner sind, mißfällt. Handelt es sich bei diesen um Arbeitnehmerkollegen desjenigen, um dessen Entlassung es geht, so gerät die durch Druck unterstützte Forderung dieser Vielzahl von Arbeitnehmern in die Nähe kollektiven Handelns. Bei Androhung oder Anwendung von Streik schlägt dieses Begehren dann ganz eindeutig in diesen Bereich um. Trotzdem lassen sich die für Arbeitskämpfe erarbeiteten Regeln nicht auf Druckkündigungen, die von Arbeitnehmerseite veranlaßt sind, anwenden. Druckkündigungen sind weder eine Abwehr, weil kein entgegengerichteter Kollektivwille der Arbeitnehmer gebrochen werden soll, noch stellen sie einen Angriff dar, weil mit ihnen keine eigenen Kollektivziele verfolgt werden sollen⁷³⁶⁾. Geht dagegen der Druck von nicht dem Betriebe angehörenden dritten Personen aus, die auch keine Arbeitnehmer sind, so fehlt auch dieses Kennzeichen, und allein das vermögensschädigende Verhalten und seine wirtschaftlichen Folgen könnten Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung sein.

Unter diese Fälle der Druckkündigung sind nicht auch die in § 66 Abs. 4 BVG erwähnten Kündigungen zu ziehen. Dort handelt es sich um die Ausübung des dem Betriebsrat durch Gesetz verliehenen Rechtes, an der Wahrung des Betriebsfriedens mitzuwirken. Dazu ist dem Betriebsrat die Möglichkeit eröffnet, u. U. mit Hilfe gerichtlich gegenüber dem Arbeitgeber verhängter Wirtschaftssanktionen, Arbeitnehmer, die durch

736) Deshalb steht auch die Druckkündigung den oben in Teil A behandelten Fällen näher als denen des Teils B.

wiederholtes unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten den Betriebsfrieden ernstlich gestört haben, aus dem Betriebe hinauszudrängen. Bei Druckkündigungen muß dagegen der Betriebsrat durchaus nicht der Urheber der angestrebten Entlassungen sein. Es müssen also auch nicht die vom Betriebsverfassungsgesetz aufgestellten Voraussetzungen für die Frage der Zulässigkeit beachtet werden.

b.) Im Weiteren soll geprüft werden, ob die wirtschaftlichen Folgen eines derartigen Druckes über den Begriff der unzumutbaren Belastung zum Kündigungsgrund für Druckkündigungen werden können, ob also die wirtschaftliche Last der wahre Grund derartiger Kündigungen ist oder ob nicht die mit der Kündigung angestrebte Wahrung des Betriebsfriedens⁷³⁷⁾ eine andere Beurteilung erheischt. Denkbar wäre auch, daß die Kündigungsberechtigung in dem Verhalten des mißliebigen Arbeitnehmers oder in Gründen, die in der Person dieses Arbeitnehmers liegen, zu suchen wäre, was im Hinblick auf das Kündigungsschutzgesetz bedeutsam ist. Der zu entlassende Arbeitnehmer braucht sich aber durchaus nicht inkorrekt verhalten zu haben. Auch müssen nicht notwendig Gründe in seiner Person vorliegen, die etwa eine ordentliche Kündigung zulässig machten. Im Gegenteil: der Arbeitnehmer kann seinen Arbeitsvertrag sogar sehr zur Zufriedenheit des Arbeitgebers erfüllen. Das die Druckkündigung Charakterisierende wird man darum nicht notwendig in der Störung des Betriebsfriedens durch den Mißliebigen zu suchen haben. In den Fällen, in denen das Verlangen der Belegschaft es nicht rechtfertigt, den Mißliebigen über § 66 BVG aus der Gemeinschaft hinauszudrängen, ist - wie das Betriebsverfassungsgesetz bestätigt - die "Störung" durch den Mißliebigen von der Belegschaft hinzunehmen. Es gibt kein Interesse der Belegschaft, das zu schützen wäre, für das sich der Arbeitgeber auch entsprechend der Bestimmung des § 51 BVG⁷³⁸⁾ pflichtgemäß ein-

737) für die zu sorgen der Arbeitgeber verpflichtet ist: Bulla, Festschrift für Hueck, S. 35 unter Hinweis auf § 51 BVG.

738) der nicht nur unternehmerischen Interessen dient, sondern vornehmlich die Interessen der Arbeitnehmer an ungestörter Arbeits- und Verdienstmöglichkeit schützt.

zusetzen hätte. Wollen die Arbeitnehmerkollegen den Mißliebigen aus dem Betrieb hinausdrängen, sind sie - und nicht etwa der Mißliebige - die eigentlichen Störer, da sie selbst unberechtigt handeln. Ihr Handeln wird nur deshalb von Bedeutung, weil es für den Arbeitgeber zu einer wirtschaftlichen Belastung führt ⁷³⁹⁾, wobei die Nähe der Gefahr einer Schädigung ⁷⁴⁰⁾ und die Höhe des Schadens dann für den Kündigungsgrund ausschlaggebend werden ⁷⁴¹⁾. Diese Überlegungen haben sowohl für die Frage nach der Berechtigung zu einer außerordentlichen als auch zu einer ordentlichen Kündigung Gültigkeit ⁷⁴²⁾. Der wirtschaftliche Druck ist also bei allen Kündigungen das Entscheidende, und zwar unabhängig davon, ob der Druck von der Belegschaft oder von nicht dem Betriebe zugehörigen Außenstehenden ausgeht ⁷⁴³⁾. Gerade an letzterem erweist sich, daß tatsächlich nicht die Friedensstörung, sondern die Wirtschaftslage ausschlaggebend ist.

739) Zu prüfen und zu wägen ist also die wirtschaftliche Belastung, die durch den Druck herbeigeführt wird und nicht etwa allein die in der Lohnzahlung für eine befristete Zeit liegende Last, so aber Schultz, RdA 1963 S. 86, für die Fälle, in denen es um eine außerordentliche fristlose Kündigung geht.

740) U. U. läßt sich die Gefahr schon durch befristete Freistellung erheblich verringern, worauf Schultz, RdA 1963 S. 86, zu Recht hinweist.

741) a. A.: Bulla, Festschrift für Hueck, S. 35, der die Störungen den mißliebigen Arbeitnehmern zuschieben will, wenn nur das Verlangen der Belegschaft billigenswert sei - der Begriff des Billigenswerten wird nicht näher umrissen - und zwar ohne dass der mißliebige Arbeitnehmer selbst auch nur ein betriebsfriedensstörendes Verhalten gezeigt haben müsse. Diese Ansicht verkennt m. E., wer als Störer des Friedens angesprochen werden darf.

742) Keinesfalls ist das bloße Verlangen der Belegschaft als Kündigungsgrund anzusehen: vgl. ArbG Heidelberg v. 11. 5. 1957 ARSt Bd. XIX Nr. 50.

743) So spricht Auffarth-Müller, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 187 bei Kündigungen auf Druck der Belegschaft hin zu Recht von betriebsbedingten Kündigungen; ebenso Herschel in seiner Anm. zu einem Urteil des BGH in SAE 1962 S. 38. Hueck, KSchG, § 1 Anm. 35a behandelt diese Kündigungen allerdings im Abschnitt "verhaltensbedingte Kündigungen". Auch Herschel-Steinmann, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 39b gruppiert die Druckkündigung m. E. falsch ein, wenn er sie unter personen- und verhaltensbedingten Kündigungen abhandelt. In seinem Urteil vom 26. 1. 1962 - 2 AZR 244/61 Betr 1962 S. 744 = BetrBer 1962 S. 598 erkennt das BArbG die Betriebsbedingtheit als Grund für Druckkündigungen an.

Die Annahme eines Rechts am Arbeitsplatz⁷⁴⁴⁾ hilft nicht, die Entlassungsberechtigung zu verneinen. Dieses Recht findet nur im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes Beachtung. Soweit danach ordentliche Kündigungen aus rechtlich zu billigenden Überlegungen zulässig sind - das gleiche gilt für außerordentliche Kündigungen -, verschlagen sie auch gegenüber diesem Recht am Arbeitsplatz nicht der Anwendung⁷⁴⁵⁾, so daß die Entlassung jedenfalls nicht zu Schadensersatzansprüchen des Entlassenen gegen den Arbeitgeber führen kann⁷⁴⁶⁾.

c.) Sieht sich der Betrieb einem Druck ausgesetzt, mit dem die Entlassung einer mißliebigen Person des Betriebes erreicht werden soll, stellt sich die Frage, bis zu welcher Grenze sich der Betriebsinhaber schützend vor seinen Arbeitnehmer zu stellen hat, wann er sich also der Gebundenheit an seinen mit dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag entziehen kann. Da sich der von außen auf den Betrieb einwirkende Druck stets (primär) als wirtschaftlicher Druck darstellt, ist hier zunächst nach den Grundsätzen zumutbarer wirtschaftlicher Belastungen zu verfahren. Übersteigt das Maß der Belastung das dem Arbeitgeber Zumutbare, was bei dem ihn treffenden wirtschaftlichen Risiko erst bei Bestandsgefahr der Fall ist⁷⁴⁷⁾, ist ein Zurückweichen des Arbeitgebers

744) Bejaht z. B. von Auffarth-Müller, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 22 mit Weiterverweis; Nipperdey, Festschrift für Sitzler, S. 92.

745) So sagt das BARbG v. 8. 10. 1959 - 2 AZR 501/56 E Bd. 8 S. 132 = Betr 1959 S. 1374 = BetrBer 1959 S. 1249 hinsichtlich der ordentlichen Kündigung bestehe ein Arbeitsplatzschutz nur in den durch Gesetz oder spezielle vertragliche Abmachung gezogenen Grenzen.

746) aA: Nikisch, Lehrbuch, Bd. 1 S. 728 mit Weiterverweis, der § 904 BGB analog anwenden möchte und Herschel, RdA 1953 S. 42 sowie Hueck-Nipperdey, Lehrbuch Bd. 2 S. 858; wie hier: Auffarth-Müller, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 22 und 187, Blohm, RdA 1955 S. 303 f u. insbesondere Bulla, Festschrift für Hueck, S. 41 sowie Frey, Die Betriebsverfassung, 1959 S. 71; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 567, Wiedemann, RdA 1961 S. 3; BARbG v. 8. 10. 1959 - 2 AZR 501/56 E Bd. 8 S. 132 = Betr 1959 S. 1374 = BetrBer 1959 S. 1249. Vgl. hierzu bzw. zur Annahme einer besonderen Pflicht, die auf die Unterlassung der Kündigung gerichtet wäre, insbesondere Schultz, RdA 1963 S. 83 f.

747) siehe oben S. 747 f; unzutreffend darum Molitor in der Anm. einer Entsch. des LArbG Düsseldorf in AR-BI, Kündigungsgrund IX Entsch.

vor dem Druck durch außerordentliche Kündigung zuzulassen; erreicht der Druck ein derartiges Ausmaß nicht, kann aber doch immerhin ein dringendes betriebliches Interesse im Sinne des § 1 der Kündigungs-schutzbestimmungen vorliegen⁷⁴⁸⁾, mit dem dem Arbeitgeber das Recht zu befristeter Vertragsbeendigung auch in Drucksituationen gegeben ist⁷⁴⁹⁾. Erkennt man das an, verletzt der Arbeitgeber bei Ausübung dieser Lösungsrechte auch nicht seine Fürsorge- und Treuepflichten gegenüber diesem mißliebigen Arbeitnehmer. Das gilt gleichermaßen, wenn der Druck von den Betriebsangehörigen ausgeht. In beiden Fällen, Druck von außen und Druck von innen, wird also das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortsetzung und Durchführung des geschlossenen Vertrages gegenüber dem betrieblichen Interesse an der von wirtschaftlichen Belastungen ungestörten Produktion zurückgesetzt.

d.) Die Anwendung des Begriffs der Unzumutbarkeit verkennt nicht, daß das Unzumutbare zunächst nicht die Gebundenheit an den Arbeitsvertrag mit dem Mißliebigen, sondern die wirtschaftliche Bedrängnis wegen des

3, nach dem drohende Störungen, die "besondere Aufwendungen" erfordern würden, ausreichen könnten.

748) Zum gleichen Ergebnis kommen vor allem: Auffarth-Müller, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 187; Bulla, Festschrift für Hueck, S. 35f, 38f; Herschel-Steinmann, Komm. zum KSchG, § 1 Anm. 39b; Hueck, KSchG § 1 Anm. 35a; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1 S. 531f hinsichtlich außerordentlichen Kündigungen; Molitor, Die Kündigung, S. 287 mit Weiterverweis; Schultz, RdA 1963 S. 84; Sitzler, AR-BI, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I, Übersicht, D VII hinsichtlich außerordentlichen Kündigungen; Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, Vorbem. 133 vor § 620; BARbG v. 10.10.1957 - 2 AZR 36/56 AP Nr. 1 zu § 626 (Druckkündigung) = RdA 1958 S. 78; LArbG Hamm v. 11.6.1952 BetrBer 1952 S. 549 mit zustimmender Anm. von Müller.

749) Unrichtig wäre es zu sagen, die Betriebsbedingtheit im Sinne von § 1 KSchG erfasse die Drucksituation nicht, weil zwar Rationalisierung, Produktionseinschränkungen u. ä. Kündigungsgründe sein sollen, nicht aber wirtschaftliche Nachteile, Minderungen des Unternehmenserfolges. Gerade sie sind der Grund für die Beachtlichkeit der Rationalisierungsvorhaben und der Produktionseinschränkungen; gerade dieses Grundinteresse des Unternehmers soll, wenn es die Situation dringend erfordert, berücksichtigt werden: aa. Schultz, RdA 1963 S. 85 f, der aber im Ergebnis doch eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen bejaht.

Mißliebigen ist. Droht diese aber zu einer Bestandsgefahr für den Betrieb zu führen, kann die vertragliche Bindung ebenso wie in den Fällen des Betriebsrisikos nicht mehr aufrechtzuerhalten sein. Dem Arbeitgeber ist nicht zuzumuten, sich auf die Schadensersatzansprüche zu verlassen, die ihm bei Existenzgefährdung gegenüber dem den Druck Ausübenden zustehen könnten; er muß in die Lage gesetzt sein, durch das wirksamere Mittel der Entlassung von der ihm drohenden Gefahr loszukommen. Die Rechtsordnung gewährt dem Risikoträger die zur Steuerung der Gefahr nötigen Mittel und Hilfen ⁷⁵⁰⁾.

e.) Bei der Frage nach der Berechtigung zu außerordentlichen Kündigungen wird zu Recht auf eine Gesamtwürdigung der Umstände abgestellt ⁷⁵¹⁾. Der Umfang der dabei zu berücksichtigenden Interessen wird je nachdem, ob die Druckkündigung durch einen Druck von Betriebsangehörigen oder von Außenstehenden ausgelöst ist, verschieden sein. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Behandlung der Belegschaftsinteressen. M.E. geht es nicht an, generell die Abwägung der Treuepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Mißliebigen und seiner eigenen mit dem Unternehmen verknüpften Interessen auf der einen Seite und der Interessen der Gesamtbelegschaft auf der anderen Seite zu verlangen ⁷⁵²⁾. Die Berücksichtigung der Interessen der Gesamtbelegschaft, die sich in der Wiederherstellung des Betriebsfriedens und der Entfernung des "Störers" spiegeln könnten, ist sicherlich nicht bei einer von Außenstehenden verursachten Druckkündigung möglich ⁷⁵³⁾, weil der Betriebsfrieden und damit die Gesamtheit insoweit gar nicht gestört sind. Die Belegschaft wird lediglich durch die wirtschaftlichen Folgen, durch die Belastungen des Arbeitgebers, die in dessen Risiko fallen, berührt. Ob bei von Betriebsangehörigen veranlaßten Druckkündigungen, die Beachtung dieser Interessen möglich ist, obwohl - wie oben erwähnt - wahrer Störer die

750) ebenso für ordentliche Kündigungen, Schultz, RdA 1963 S. 83.

751) Vgl. Bulla, Festschrift für Hueck, S. 34, Anm. 34.

752) So aber Staudinger-Neumann, Komm. zum BGB, § 626 Anm. 36; RArbG v. 13.3.1935 ARS Bd. 23 S. 194 u. ö.

753) Vgl. Bulla, Festschrift für Hueck, S. 36 f.

Belegschaft selbst ist und obwohl ihre Gesamtinteressen nicht zu Recht, sondern durch Gewaltanwendung durchgesetzt werden, ist ebenso zu bezweifeln. Hier den Arbeitgeber zur Beachtung der Gesamtheitsinteressen verpflichten, hieße Gewalt zum Recht werden lassen. Trotzdem wird der Arbeitgeber die Möglichkeit haben müssen, den Betriebsfrieden unter Hintansetzung des Interesses des Mißliebigen an einer Fortdauer seines Arbeitsverhältnisses wiederherzustellen. Dabei ist es aber nicht der Betriebsfriede, der zur Kündigungsberechtigung wird; den Ausschlag gibt die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers ⁷⁵⁴⁾. Je größer diese Belastung ist, umso eher kann sich der Arbeitgeber seiner Gebundenheit entziehen. Nur in diesem Umfange finden Gesamtheitsinteressen Berücksichtigung. Es stehen sich also nur die Interessen des mißliebigen Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung seines Vertrages (und damit nicht zuletzt seine soziale Lage) und die des Arbeitgebers am ungestörten Fortgang der Arbeit im Betriebe gegenüber.

Schlussbetrachtung und Gesamtergebnisse.

a.) Versucht man, die hier abgehandelten Probleme zu überblicken und im Rahmen des Themas "Betriebe in Not" zu einer Gesamtschau zu gelangen, so stellt man über die bei den einzelnen Rechtsfragen gefundenen Ergebnisse hinaus fest, daß die Interessenabwägung bei Notlagen von besonderer Bedeutung ist. Gleichgültig, ob es sich um eine vorweggenommene Abwägung durch vertragliche Regelungen oder um eine Abwägung im Rahmen der Norm des § 242 BGB, im Rahmen der Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit handelt, ob es um die Ausbalancierung widerstreitender Interessen in Rechtsbegriffen überhaupt oder um die Feststellung der Normengewalt geht, immer wieder stößt man auf die Interessenabwägung - muß man auf sie zurückgehen, um eine situations-gerechte Entscheidung treffen zu können. Recht gewähren heißt ja, die Rechtskreise der Rechtsunterworfenen ordnend gegeneinander abzugrenzen, heißt aber auch, wertend der Ordnung ein Gefüge zu verleihen, das an

⁷⁵⁴⁾ Siehe oben S. 188 f. a.A.: Bulla, Festschrift für Hueck, S. 35.

den Grundideen unserer Rechtsordnung ausgerichtet ist. In den seltensten Fällen reichen die bestehenden Vertragsformeln oder Normen aus, um auf ihren Wortlaut gestützt zu eindeutig bestimmtem Ergebnis zu gelangen. So führt allein die Besinnung auf die Grundgedanken vertraglicher oder normativer Ordnung der Rechtskreise zu einem gerechten Ausgleich. Je weniger der Einzelne oder der Gesetzgeber vorausschauend zu derartiger Ordnungsgestaltung in der Lage war, um so schwieriger, aber auch um so bedeutsamer wird die Lösung der Interessenkonflikte. Je detaillierter die in Formeln vorweggenommene Konfliktlösung ist, um so geringer wird die Freiheit bei Wertung und Ausgleich. Zwingende Normen und ins einzelne gehende Regelungen sind nur in äußersten Krisen zu durchbrechen, da in ihnen Interessenkollisionen und - soweit es um die wirtschaftliche Notlage geht - die Risikofrage mit besonderer Betonung ihre Lösung gefunden hat. Interessenabwägungen dürfen aber nicht einfach nur die naheliegenden Interessen der Parteien erfassen, sie haben zugleich die in den für diesen Fallkreis geschaffenen Gesetzen vorgegebenen Wertungen zu berücksichtigen. Aber auch diese Gesetze sind in das Gefüge des ganzen Rechtsgebiets eingebettet, das seinerseits auf der Grundordnung der Werte in höchstrangigem geschriebenem und ungeschriebenem Recht ruht. Der von dieser Grundordnung her geformte Gesetzeszweck strahlt auf die einzelne Rechtsbestimmung aus und wird Leitbild der Abwägung widerstreitender Interessen in dem konkreten Einzelfall.

b.) Die hier untersuchten Konfliktssituationen und Risikoabwärlungslagen, in die Arbeitsvertragsparteien geraten können, lassen einige wenige Abwägungsgrundsätze deutlich werden:

- 1.) Interessen des einen können entsprechend einer ohne Gesetzes- oder Sittenverstoß vorgenommenen vertraglichen Regelung überwiegen.
- 2.) Sie überwiegen - auch wenn für diese Notlage jegliche Regelung fehlt -, sofern bei ihrer Verfolgung eine Verletzung der Interessen des Vertragspartners überhaupt nicht eintritt (Scheinkollision).
- 3.) Ist ein Ausweg aus der Konfliktlage nur möglich, wenn man sich über

die Interessen der einen oder der anderen Seite hinwegsetzt, sind grundsätzlich die ideellen Interessen gegenüber den materiellen zu bevorzugen, es sei denn, die materiellen wären erheblich gewichtiger.

4.) Interessen des einen Kontrahenten werden stets dann vorgehen, wenn ihre Verfolgung die Interessen des anderen weniger schwer trifft, als ihre Nichtdurchsetzung den **ersten**; das gilt insbesondere bei sonst drohenden irreparablen Schäden.

5.) Selbst geringere Interessen des Einzelnen verdienen dann vorgezogen zu werden, wenn ihnen ein Allgemeininteresse parallel läuft.

c.) Der Umfang der Interessenabwägung muß allerdings nicht immer gleich sein. Vielfach werden sowohl ideelle als auch materielle Interessen zu beachten sein. Es ist aber nicht stets eine alle Interessen umfassende Abwägung vonnöten (man denke etwa an die auf typische Interessen beschränkte Abwägung bei der gefahrgeneigten Arbeit).

d.) Die Interessenabwägung kann in tatsächlicher Hinsicht zu verschiedenen Folgen **führen**: sie kann Rechte oder Pflichten ändern, sie kann aber auch zur Neubegründung von Rechten oder Pflichten führen.

e.) Auch im Hinblick auf die normativen Regelungen können Interessenabwägungen verschiedene Ergebnisse zeitigen: sie können zu abändernder, korrigierender Auslegung hinleiten, Durchbrechungen ermöglichen, zur Ausfüllung von Lücken führen und Ergänzungen begründen.

f.) Eine eigentümliche Rolle spielen hierbei die Gesamtheitsinteressen. Es ist oben schon auf ihre Bedeutung für die Abwägung hingewiesen. Sie können ihre Aktualisierung im Einzelvertrag dadurch erfahren, daß sie Interessen des Arbeitgebers parallel laufen. Diese gewohnheitsrechtlich schon längst praktizierte Wahrung von Gesamtinteressen auch im Einzelarbeitsvertrag hat sogar eine gesetzliche Ausprägung gefunden. Das heißt nun nicht, daß man § 49 Abs. 4 BVG, in dem dieser Gedanke verankert ist, hier auch nur analog anwendet. Aus ihm läßt sich aber im Betriebsrecht die Zurücksetzung des Einzelinteresses gegenüber dem

Wohle aller herauslesen. Ein Ähnliches geschieht auch auf einzelvertraglicher Ebene. Diese Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesamtheit hat im Zivilrecht durchaus schon Anerkennung gefunden. Mit besonderer Klarheit wird das von Weber ⁷⁵⁵⁾ zum Ausdruck gebracht, der in den § 242 BGB, das Verhaltensgebot, den Gedanken der Gemeinschaft aller Rechtsgenossen einfließen läßt und das mit folgenden Worten ⁷⁵⁶⁾ noch konkreter faßt: Neben die "auf das wechselseitige Vertrauensverhältnis der Partner zurückgreifende Inhalts- und Funktionsbestimmung ist in den letzten Jahrzehnten ein weiterer konkreter Maßstab für das Verhalten nach Treu und Glauben getreten: die Interessen der Allgemeinheit" (es folgen Rechtsprechungshinweise). "Es hat sich gezeigt, daß, wenn der Einzelne seine Interessen rücksichtslos, über ein gesundes Maß hinaus, verfolgt, dadurch ein engerer Kreis (z.B. Kaufmannschaft) oder der weite Kreis der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden kann, was sich letzten Endes bei dem einzelnen Glied der Allgemeinheit auswirkt. Zwar soll der Einzelne durchaus auf seinen Vorteil bedacht sein und ihn auch durchsetzen dürfen, wie andererseits derjenige, der bewußt ein Risiko übernimmt, dieses auch zu tragen hat. Auch sollen nicht die Spannungen zwischen den einzelnen Partnern nur auf dem Boden der Allgemeinheit und nach den für sie geltenden Grundsätzen zu lösen sein (Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, 1935, S. 16). Wohl aber sind in der Beurteilung der rechtlichen Verhältnisse zwischen den Einzelnen die unbedingten Notwendigkeiten der Allgemeinheit und der Sinn zu berücksichtigen, den im allgemeinen das vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnis im größeren Gemeinwesen hat. Dieser Grundsatz gilt nach wie vor. Das bedeutet aber nicht, daß die Interessen des Einzelnen zurückzustehen hätten."

Die Interessen des Einzelnen müssen aber in diese Gemeinschaftsbindung eingepaßt werden. Laufen Interessen des einen Vertragspartners in der gleichen Richtung wie die der Gemeinschaft, der Allgemeinheit,

755) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB § 242 Anm. A 112.

756) Staudinger-Weber, Komm. zum BGB, § 242 Anm. A 128.

so müssen sie darum notgedrungen von größerem Gewicht sein als die des anderen Vertragspartners.

Dieses Ergebnis wird - wie ich meine - bei den Vertragsparteien des Arbeitsvertrages durch die Sozialstaatsidee des Grundgesetzes unterstrichen. Der Unternehmer, der Arbeitgeber, wird immer mehr in eine Rolle hineingeführt, die letztlich kraft dieses grundgesetzlichen Auftrages dem Staat zufällt und die eine Fürsorge und Vorsorge für die Arbeitnehmerschaft beinhaltet, die weit über eine bloße Rücksichtnahme hinausgeht. Im Verwaltungsrecht ist ein ähnliches stilles "staatliches Tätigwerden" durch Private im Zuge der Daseinsvorsorge bekannt. Mit dem Ziel möglichst zweckmäßiger Verwaltung, die nicht notwendig hoheitliche Formen annehmen muß, überträgt der Staat echte hoheitliche Aufgaben auf Private, um deren Initiative und Erfahrungen und besondere Einflußmöglichkeiten für seine Zwecke nutzbar zu machen ⁷⁵⁷⁾. Auf Seiten der Arbeitgebervereinigungen ist man sich dieser Übertragung eigener Verantwortlichkeit und Bestimmungsfunktion in wesentlichen Bereichen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens, gekennzeichnet etwa durch Betriebsverfassungsgesetz und Tarifvertragsgesetz, ist man sich der Überlassung wesentlicher Teile sozialstaatlicher Einrichtungen zur eigenen Verwaltung durchaus bewußt ⁷⁵⁸⁾. So gesehen erscheinen die Altersvorsorge, die Sicherung im Falle der Erkrankung, die Vorsorge gegen Arbeitslosigkeit durch das Kündigungsschutzgesetz, durch die Betriebsrisikolehre usw. in einem ganz neuen Licht. Mit dieser Teilhabe an der sozialen Verantwortung trägt der Arbeitgeber auch (nur) ein entsprechendes Risiko; Interessenabwägungen von Arbeitgeberinteressen und Interessen der einzelnen Arbeitnehmer haben dieser Tatsache Rechnung zu tragen. Der Arbeitgeber ist der mit Verantwortung der Gesamtheit Belastete.

757) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1 S. 534 und 539; vgl. auch Forsthoff, Verwaltungsrecht AT S. 164 f.

758) Der Arbeitgeber 1959 S. 735: Geschäftsbericht der BDA. Der Gesetzgeber hat dieser Ansicht durch das Vermögensbildungsgesetz v. 12. 7. 1961, BGBl I S. 909 ff weiteren Rückhalt gegeben, indem er den Arbeitgeber in besonderer Weise einsetzt, durch Förderung der Selbsthilfe und privaten Initiative das Abgleiten in einen totalen Versorgungsstaat zu verhindern.

Lebenslauf.

Ich wurde am 6. 4. 1932 in Breslau als Sohn des Oberstudiendirektors Dr. Egon Engel und seiner Ehefrau Antonie, geb. Lipinski, geboren. 1938 begann ich mit dem Besuch der Volksschule in Gleiwitz O/S. 1942 wechselte ich zur Städtischen Oberschule über. Zu Beginn des Jahres 1945 kam ich nach Bad Wörishofen/Bayern. Dort besuchte ich vorübergehend die dahin verlegte Oberschule Augsburg und ging dann nach Illertissen, wo ich am Kolleg der Schulbrüder 1950 mein Abitur machte.

Im Herbst 1950 begann ich mein Studium an der Technischen Hochschule in München. Von 1951 bis 1956 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität München. Nach Ableistung der ersten juristischen Staatsprüfung wurde ich in den Referendardienst in Baden-Württemberg übernommen.

Ab dem Sommersemester 1958 war ich für ein Jahr Gasthörer an der Universität Freiburg und widmete mich unter Führung von Herrn Professor Bulla speziell dem Studium des Arbeitsrechts.

Anfang 1962 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. 3. 1962 bin ich als Referent für Arbeits- und Sozialrecht bei dem Verband der Südwestdeutschen Textilindustrie eV. in Stuttgart tätig.

